

Disregard of the Corporate Entity

Ansvarsgjennombrudd i Norge og USA

Kandidatnr: 262

Veileder: Tore Bråthen

Leveringsfrist: 25.11.2004

Til sammen 17.471 ord

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	TEMA FOR OPPGAVEN	1
1.2	ALTERNATIVE RETTSGRUNNLAG FOR AKSJEIEIERES ANSVAR	3
1.3	TERMINOLOGI	4
1.4	VIDT OG SNEVERT ANSVARSGJENNOMBRUDD	5
1.5	DIREKTE OG INDIREKTE ANSVARSGJENNOMBRUDD	6
<u>2</u>	<u>GENERELT OM LIKHETER/ULIKHETER MELLOM DET NORSKE OG DET AMERIKANSKE RETTSSYSTEMET</u>	<u>8</u>
2.1	COMMON LAW OG CIVIL LAW	8
2.2	DEN DØMMENDE MYNDIGHET OG LOVGIVNINGSJURISDIKSJON	9
2.3	STEDLIG JURISDIKSJON	11
2.4	MODEL BUSINESS CORPORATIONS ACT AV 1969 (MBCA), (REVISED 1984)	12
<u>3</u>	<u>HENSYN FOR OG MOT ANSVARSGJENNOMBRUDD</u>	<u>13</u>
<u>4</u>	<u>ANSVARSGJENNOMBRUDD I NORGE</u>	<u>16</u>
4.1	INNLEDNING	16
4.2	TIL HOVEDMOMENTER	20
4.3	DE ENKELTE FAKTORER I UTILBØRLIGHETSVURDERINGEN	23
4.3.1	ØKONOMISK UBALANSE	23
4.3.2	UNDERKAPITALISERING	25

4.3.3	SAMMENBLANDING MELLOM SELSKAPENE	30
4.3.4	DOMINERENDE INNFLYTELSE	32
4.3.5	ILLOJAL TAPPING AV SELSKAPSMIDLER	33
4.4	HVOR MYE MÅ TIL FOR Å STATUERE ANSVAR?	33
<u>5</u>	<u>ANSVARSGJENNOMBRUDD I USA</u>	<u>35</u>
5.1	INNLEDNING	35
5.2	DE ENKELTE FAKTORER I PIERCING THE CORPORATE VEIL DOKTRINEN:	39
5.2.1	INNLEDNING	39
5.2.2	SAMMENBLANDING – FAILURE TO FOLLOW CORPORATE FORMALITIES	42
5.2.3	UTILSTREKKELIG EGENKAPITAL – INADEQUATE CAPITALIZATION	45
5.3	HVA KREVES?	51
<u>6</u>	<u>SAMMENLIGNING</u>	<u>52</u>
6.1	INNLEDNING	52
6.2	ANSVARSGJENNOMBRUDD OG ERSTATNING	54
6.3	AVTALE	58
6.4	UTILSTREKKELIG EGENKAPITAL	60
6.5	ILLOJAL TAPPING AV SELSKAPSMIDLER	61
6.6	KONKLUSJON	64
<u>7</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>65</u>
<u>8</u>	<u>DOMSREGISTER</u>	<u>66</u>
<u>9</u>	<u>LOVREGISTER/FORARBEIDER</u>	<u>67</u>

1 Innledning

I denne avhandlingen som omhandler norsk og amerikansk retts praksis i forbindelse med ansvarsgjennombrudd, vil de innledende kapitler i hovedsak ta utgangspunkt i norsk rett. Amerikansk rett vil bli behandlet i egne kapitler av hensynet til en oversiktlig fremstilling, men vil også nevnes der oversiktighet ikke gjør det nødvendig å behandle dem separat.

1.1 Tema for oppgaven

Den grunnleggende hovedregel i aksjeselskapsretten er at aksjonærene i et selskap kun er ansvarlig for aksjeinnskuddet, og ikke for selskapets forpliktelser med mindre annet er særlig avtalt. Denne hovedregelen fremgår klart av asl/asal § 1-2.

Aksjeinnskuddsforpliktelsen størrelse, altså det beløp som skal betales for hver aksje og det antall aksjer hver eier skal ha, fastsettes i det stiftelsesdokument som skal opprettes før selskapet kan meldes til foretaksregisteret. Det kan også fremgå av generalforsamlingsprotokollen,¹ og vil for øvrig fremgå av vedtektene.

At aksjonærene kun hefter for aksjeinnskuddet innebærer at tredjemenn som har krav mot selskapet, kun kan kreve oppfyllelse av selve selskapet og ikke dets eiere med mindre de har et særlig rettsgrunnlag for det. I forhold til selskapets kreditorer vil altså

¹ For de opprinnelige eierne fastsettes det i stiftelsesdokumentet, se asl § 2-1 jfr, § 2-3, og ved for eksempel forhøyelse av aksjekapitalen eller overdragelse av aksjer innføres det i generalforsamlingsprotokollen, se asl. § 10-12.

et aksjeselskap være et selvstendig rettssubjekt med evne til å pådra seg rettigheter og forpliktelser, og det er dette rettssubjekt de må forholde seg til.

Når det gjelder aksjonærenes plikt til å betale aksjeinnskuddet, er dette en plikt overfor selskapet. Dette innebærer at så lenge selskapet består, kan selskapskreditorene ikke kreve deres heftelser på selskapet oppfylt fra en aksjonær som ikke har innbetalt sine innskuddsforpliktelser. Dersom selskapet går konkurs, vil derimot aksjonærene kunne bli indirekte ansvarlig ved at konkursboet trer inn i selskapets krav. Slike krav kan ha grunnlag i ubetalt aksjeinnskudd, ulovlig utdelt utbytte, eller at eierne er utbetalt midler etter at selskapet er oppløst uten at kreditor har fått dekket sitt krav, se asl/asal § 16-12. Aksjonærens ansvar etter dette er imidlertid begrenset til det beløp han har unnlatt å innbetale eller det han har fått utbetalt.

Det kan imidlertid tenkes at det finnes situasjoner der det kan være rimelig å se bort fra prinsippet om at selskapet er en selvstendig juridisk person. Der for eksempel A har inngått avtale om ikke å drive konkurrerende virksomhet, kan han ikke omgå denne forpliktelsen ved å konkurrere gjennom et AS/ASA. Det som blir problemstillingen i vår sammenheng er hvorvidt man kan skjære gjennom ansvarsbegrensningen også i forbindelse med *selskapets* forpliktelser overfor tredjemann med den virkning at aksjonærene blir holdt ansvarlig for disse.

Det jeg vil behandle i denne oppgaven er altså spørsmålet om hvorvidt ansvarsgjennombrudd kan sies å være et eget rettsgrunnlag i Norge, som kan gjøre kreditor i stand til å avkreve selskapsforpliktelser oppfylt av aksjonærene. Det skal også sies noe om innholdet i dette rettsgrunnlaget. Jeg vil så sammenligne dette med doktrinen om ansvarsgjennombrudd i USA og se på mulige årsaker til eventuelle likheter og forskjeller.

1.2 Alternative rettsgrunnlag for aksjeeieres ansvar

De tre ansvarsgrunnlag av størst betydning som kan føre til at en aksjonær likevel blir ansvarlig for selskapsheftelser, er avtale, erstatningsansvar og ansvarsgjennombrudd.

I praksis vil det være avtale som er det viktigste grunnlaget for å pålegge en aksjonær ansvar. Spørsmålet om hvorvidt det er inngått en avtale, må løses ved hjelp av tolkning og utfylling i tråd med alminnelige kontraktsrettslige prinsipper. Men generelt kan det sies at partene i en avtale blir personlig ansvarlig når ikke annet er særlig avtalt² eller det fremgår klart av forholdene at vedkommende opptrer på selskapets vegne.

Der det finnes å foreligge en kontrakt, er det ganske opplagt at en aksjonær vil bli ansvarlig der han overfor en kreditor ved en selvstendig, frivillig disposisjon har garantert for oppfyllelse av en selskapsforpliktelse. Slike avtaler kan inngås for eksempel i form av garanti, kausjon, sikkerhetsstillelse etc. Av et morselskap vil også "letter of intent", "comfort letter" og lignende kunne få betydning, men dette må avgjøres etter en konkret vurdering av disposisjonens rekkevidde og innhold.

I tillegg til avtale kan en aksjonær bli ansvarlig etter alminnelige erstatningsrettslige regler der han har påført tredjemann tap ved forsettlig eller uaktsom (culpøs) adferd. Aksjonær kan også bli ansvarlig for erstatningsbetingende adferd etter asl/asal § 17-1.

Begge disse rettsgrunnlagene er imidlertid personlige og begrenset til det ansvar aksjonæren ved den erstatningsbetingende handling eller ved avtalen, uttrykkelig har pådratt seg.

Det tredje rettsgrunnlaget er såkalt ansvarsgjennombrudd. Å bli pålagt ansvar etter dette, innebærer at man skjærer gjennom den ansvarsbegrensningen

² Se Andenæs; "Det 30. nordiske juristmøte" 1984 del II s. 184.

aksjeselskapsformen oppstiller og gjør aksjonærene personlig og direkte ansvarlige for selskapets forpliktelser. Med andre ord ser man altså bort fra det trekk som er grunnleggende for aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, nemlig å holde eierne fri for ansvar. Det sier seg da selv at det skal mye til dersom et slikt grunnlag skal kunne slå gjennom.

I Norge er det usikkert hvorvidt det foreligger et eget rettsgrunnlag i form av ansvarsgjennombrudd. Dette vil jeg komme tilbake til. I USA har det derimot lenge vært praktisert gjennomskjæring av aksjeselskapsformen slik at eierne er blitt identifisert med selskapet. Det er derfor av interesse å se på om ansvarsgjennombrudd i Norge og USA innebærer det samme og i tilfelle hvilke forskjeller som foreligger og hva som kan være årsakene til disse.

Også i våre naboland som Sverige, Danmark samt i Tyskland og i Europa ellers er ansvarsgjennombrudd mer utbredt enn i Norge. Denne avhandlingen tar imidlertid for seg Norge og USA og vil ikke berøre praksis i de øvrige land.

1.3 Terminologi

Det er flere ulike begreper som anvendes om tilfellene der man pålegger aksjonærene ansvar for selskapets forpliktelser. De vanligste i Norge synes å være ansvarsgjennombrudd eller gjennomskjæring.

I USA anvendes i hovedsak begrepene ”piercing the corporate veil”, eller ”disregard of the corporate entity” om de tilfellene der en pålegger aksjonærene personlig ansvar. Personlig synes jeg sistnevnte er mest passende da det en foretar ved ansvarsgjennombrudd nettopp er å se bort fra selskapet som en selvstendig enhet i en bestemt relasjon. ”Piercing the corporate veil” gir mer inntrykk av at aksjeselskapsformen er en tilsløring av de reelle forhold som man bryter gjennom, når fakta tilsier at det vil være rimelig.

Jeg vil anvende både de norske og de amerikanske begrepene om hverandre i den videre fremstilling.

1.4 Vidt og snevert ansvarsgjennombrudd

Begrepet ansvarsgjennombrudd kan anvendes om alle tilfeller der aksjonærer blir pålagt ansvar for selskapets forpliktelser. Det kan altså beskrive situasjoner både der eierne anses ansvarlig på grunnlag av erstatning og avtale, samt der ansvarsgjennombrudd anses som betegnelse på et selvstendig rettsgrunnlag. Dersom begrepet brukes i denne relasjon, altså om samtlige situasjoner der aksjonærer anses ansvarlig, har vi med ansvarsgjennombrudd i vid forstand å gjøre. Der det er snakk om ansvarsgjennombrudd som et selvstendig rettsgrunnlag, er vi inne på den snevre betydningen av begrepet. Det er denne snevre betydningen som vil bli behandlet i det følgende.

Teori og praksis synes å støtte synspunktet om at ansvarsgjennombrudd i snever forstand er et selvstendig grunnlag i forhold til ansvar pålagt i tråd med avtale- og erstatningsrettslige regler.

Andenæs; "Uaktsomhetsansvar er en velkjent rettsfigur, og kan idømmes uten at det er grunn til å se det som en form for gjennomskjæring."³

Også i Kongeparksaken⁴ ble det skilt mellom erstatningsansvar og ansvarsgjennombrudd. "Det er med andre ord ikke et erstatningsansvar den ankende part gjør gjeldende, men et ansvar for kontraktsforpliktelser basert på at dette ansvaret kan plasseres hos den reelle medkontrahent", med andre ord ansvarsgjennombrudd.

³ Andenæs; "Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper", s. 44.

⁴ Rt 1996 s. 672.

1.5 Direkte og indirekte ansvarsgjennombrudd

Direkte ansvarsgjennombrudd omfatter de tilfellene som er beskrevet ovenfor der kreditor krever at en fordring han har på selskapet blir oppfylt av dets aksjonær(er).

Man står overfor indirekte ansvarsgjennombrudd der et lån, som er ytt selskapet av en aksjonær, får prioritet etter andre heftelser i konkursoppgjøret. Man tolker altså avtalen mellom aksjonæren eller morselskapet og debitorselskapet dithen at det opprinnelig var meningen at den skulle behandles som ansvarlig lånekapital som skal stå tilbake for andre krav i konkurs etter dekl. § 9-7 1. ledd nr. 2.⁵

Normalt vil et lån fra en aksjonær, til selskapet behandles på lik linje med andre lån med mindre noe annet fremgår av avtalen. I tilfeller der et selskap i utgangspunktet er underkapitalisert, dvs. at aksjekapitalen er mindre enn det enn kan forvente for et selskap innen den aktuelle virksomhet, men det ikke er andre momenter som med overvekt taler for direkte ansvarsgjennombrudd, kan indirekte ansvarsgjennombrudd være å foretrekke. Det vil være mindre inngripende overfor aksjonæren at en allerede foretatt investering i selskapet, må anses tapt enn at han anses ansvarlig for selskapets samlede gjeld. I tillegg kan det, dersom selskapet var underkapitalisert, argumenteres med at lånebeløpet burde vært skutt inn som aksjekapital. Dersom denne lånekapitalen ble skutt inn ved selskapets oppstart vil det være et tegn på at aksjekapitalen opprinnelig var utilstrekkelig. Dette argumentet vil imidlertid ha større slagkraft i USA da hovedregelen her er at det ikke oppstilles noe minstekrav til aksjekapitalens størrelse.

I Kongeparkdommen ble datterselskapets egenkapitalgrunnlag ansett for å være åpenbart utilstrekkelig. Retten fant imidlertid at de kapitaltilskudd som var ytt i form av

⁵ Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) av 8. juni. 1984 nr. 59.

lån måtte anses som ansvarlig lånekapital og at denne kapitalen måtte medregnes egenkapitalgrunnlaget med den virkning at selskapet likevel ikke kunne anses som underkapitalisert. Hvorvidt dette fikk betydning for resultatet er usikkert, men det ryddet i hvert fall bort et av de sterkeste argumentene for ansvarsgjennombrudd i denne saken, som var at selskapet var underkapitalisert.

Videre kan man forhindre misbruk av aksjeselskapsformen i form av at aksjonærene minimerer sin risiko ved at de kun skyter inn det lovpålagte beløp etter asl/asal § 3-1 1, mens resten av virksomheten finansieres ved lån som etter vilkårene skal betales tilbake. Også de øvrige kreditorer vil kunne få en fordel av at lån anses som ansvarlig egenkapital, da det kan føre til økt dividende på dem når aksjonærens lån ikke er med i regnestykket.

I USA kalles denne fremgangsmåten "equitable subordination" eller "Deep Rocking".⁶ Indirekte ansvarsgjennombrudd anses heller ikke i USA som egentlig ansvarsgjennombrudd da den her utelukkende er en del av konkursretten og da ansvaret begrenser seg til lånesummen. Argumentene som anvendes når man avgjør om et lån skal anses som ansvarlig lånekapital er imidlertid de samme som anvendes ved ansvarsgjennombrudd med den forskjell man i konkurssaken krever mindre vekt i forhold til hvert moment enn man gjør ved ansvarsgjennombrudd.

"Equitable subordination is solely a bankruptcy or receivership doctrine, being limited to denying or subordinating a claim of a shareholder or control person vis-à-vis the

⁶ Deep Rock var navnet på selskapet i en sak som har fått stor betydning for utviklingen av indirekte ansvarsgjennombrudd i USA (Taylor v. Standard Gas & Elec. Co., 306 U.S 307 (1939)).

claims of other creditors in a liquidation situation. Its doctrinal basis, however, is the same, except as a matter of degree, as that underlying the denial of limited liability.,,,⁷

2 Generelt om likheter/ulikheter mellom det norske og det amerikanske rettssystemet

2.1 Common law og civil law

Common law og civil law er betegnelser på to forskjellige typer rettssystemer. Forskjellen mellom dem består hovedsakelig i rettsreglenes kilder og hvordan reglene blir utviklet.

Civil law er det rettssystemet som er vanligst i Europa og har sitt opphav i den romerske retten. Det går i hovedsak ut på at rettsspørsmål løses med utgangspunkt i detaljerte lovregler utviklet av de som etter vedkommende lands konstitusjon, er gitt kompetanse til å gi slike regler.

Common law var historisk sett en av Englands tre hovedkilder til rettsregler, sammen med skrevne lover og prinsipper om rimelighet og rettferdighet. Systemet går ut på at rettsreglene skapes og utvikles av domstolene. Prejudikater eller presedenser, altså bindende domsavgjørrelser, har derfor stor betydning innen dette systemet.

I Norge er rettssystemet hovedsakelig basert på civil law. Utgangspunktet for løsningen av rettslige problem er lovregler, forutsatt at det finnes slike regler for vedkommende spørsmål. At lovregler har sin plass øverst på hierarkiet, betyr imidlertid ikke at

⁷ Hackney and Benson, "Shareholder Liability for Inadequate Capital," 43 University of Pittsburgh Law Review s. 837; 1982.

rettsavgjørelser har en tilbaketrukket rolle. Vi har med andre ord ikke en rendyrket form for civil law. Dommer har likevel ikke fullt så høy vekt i Norge som de har i USA der rettssystemet er basert på common law. Dette gjelder både føderal rett, altså det kongressen vedtar og som gjelder for samtlige stater, og det som faller inn under statenes jurisdiksjon. Til tross for dette har USA de siste par hundre år beveget seg stadig nærmere civil law, med økende lovregulering særlig på rettsområder som handel, strafferett, prosedyre osv.⁸

I forhold til ansvarsgjennombrudd vil ikke denne forskjellen i rettssystemene ha stor betydning da piercing the corporate veil doktrinen i USA i all hovedsak er en common law doktrine, hvilket vil si at den er skapt og utviklet av domstolene. Dersom vi i Norge kan si at ansvarsgjennombrudd er et eget rettsgrunnlag, vil det også hos oss være et grunnlag som er skapt og formet av domstolene i og med at vi mangler relevant lovgivning her.

2.2 Den dømmende myndighet og lovgivningsjurisdiksjon

Som jeg skal vise nedenfor, er kompetansen til å vedta lover innen forskjellige rettsområder delt mellom den føderale myndighet, altså kongressen, og statene. Dette innebærer videre at det finnes et eget system med domstoler for hver stat i tillegg til et felles system for utøvelse av føderal myndighet. Systemene varierer i størrelse og struktur, men følger normalt samme hierarkiske oppbygning med særdomstoler på bunnen, samt en generell underrett, ofte kalt trial court. I tillegg til appellate court, som altså er ankeinstansen, og supreme court, som høyeste instans. Navnene på disse domstolene kan variere fra stat til stat. Det føderale systemet består av et stort antall

⁸ Frank A Schubert "Introduction to Law and the Legal System", s. 199.

District courts som er førsteinstans. Videre er det tretten courts of appeals og til slutt har man US Supreme Court øverst på stigen.

Til tross for at hver stat har utviklet sin egen unike struktur hva angår prosessuelle og materielle regler, ligger arven fra den engelske common law til grunn for samtlige statenes rettssystemer da engelske rettsregler og framgangsmåte hadde stor påvirkning på utviklingen av det amerikanske systemet.

Lovgivningsmyndigheten med hensyn til selskapsretten er i utgangspunktet tillagt statene i tråd med deres police powers. Denne kompetansen er hjemlet i the Tenth Amendment i den amerikanske konstitusjon, og tildeler statene myndighet til å gi regler for å sikre offentlig sikkerhet, helse, velferd, moral osv. Inn under denne kompetansen går altså retten til å regulere utøvelse av næringsvirksomhet, herunder selskap.

USAs føderale myndighet har kun kompetanse til å regulere de samfunnsområder som uttrykkelig eller implisitt er tillagt dem i tråd med article 1, section 8 i den amerikanske konstitusjon. Gjennom denne bestemmelsen er de gitt lovgivningskompetanse i forhold til blant annet skatt og internasjonal handel.

Det sier seg selv at når man har 52 lovgivningsorganer⁹ som alle har sin egen, om enn ofte svært lik, løsning ved utøvelsen av "piercing the corporate veil" doktrinen, vil det være vanskelig å gi en ensartet fremstilling av hvilke argument som har relevans og hvilken vekt disse argumentene gis.

Den ulike praktiseringen av doktrinen gjelder imidlertid i hovedsak vektleggingen av argumentene og ikke hvilke argumenter som anses relevant. Da en detaljert fremstilling av de ulike statenes utøvelse i forbindelse med ansvarsgjennombrudd ville sprengte

⁹ De 50 statene, samt District of Columbia og den føderale myndighet.

rammene for denne avhandlingen, og strengt tatt være temmelig uinteressant, vil jeg i stedet forsøke å gi en generell oversikt over doktrinens innhold og anvendelse, samtidig som jeg i enkelte tilfeller vil se på hvordan bestemte stater løser spørsmålene og avveiningene.

2.3 Stedlig jurisdiksjon

I tillegg til å ha saklig kompetanse, dvs. at den føderale eller statlige domstolen har myndighet til å avgjøre en tvist vedrørende de materielle spørsmål, må domstolen også være stedlig kompetent. Den må altså ha ”in personam jurisdiction” – domsmakt over person.

”The incorporation state”, altså staten der selskapet er registrert som stiftet, vil være kompetent til å avgjøre tvister i forbindelse med selskapets virksomhet. Kongressen har slått fast spesielle jurisdiksjonsregler for aksjeselskaper. Reglene går ut på at også den stat der selskapet utfører den vesentlige del av sin forretningsvirksomhet er å anse som selskapets vernetting.

Selskapet kan videre gi sitt samtykke til bruk av annet vernetting, for eksempel dersom de anlegger sak eller møter opp uten å protestere mot domstolens kompetanse. De fleste stater vil dessuten ha bestemmelser om at selskap som driver forretningsvirksomhet, i vedkommende stat vil ha plikt til å underkaste seg statens jurisdiksjon.

Når det gjelder føderale domstoler, vil disse ha kompetanse til å avgjøre tvister i forbindelse med de rettsområder der de har materiell kompetanse. I tillegg kan sakens parter velge å føre saken for en føderal domstol der det foreligger ”diversity of citizenship”, dvs. at partene har forskjellige stater som vernetting, eller at den ene parten er fra USA, mens den andre parten er borger i et annet land.

”Diversity of citizenship” reglene gjelder imidlertid ikke der den andre parten er fra den stat der selskapet driver den vesentlige del av sin virksomhet, da også dette anses som selskapets verneting ifølge kongressens spesialregler.

Hver stat vil ha sin egen måte å praktisere ansvarsgjennombrudd på. Dette vil si at det i enkelte stater skal mer til for at gjennomskjæring skal finne sted, mens andre stater er mindre restriktiv i synet på når det er rimelig å pålegge aksjonærene ansvar. Reglene om verneting bidrar til å motvirke såkalt forum shopping, altså at saksøker eller saksøkte anlegger sak i den stat der de regner med det vil være størst sannsynlighet for å få medhold. Ved ansvarsgjennombrudd er dette mest aktuelt for saksøker, da det er andre forhold, som for eksempel de generelle regler for aksjeselskaper og hvor det lønner seg å drive forretning som vil være bestemmende for selskapet, ikke minst da dette vil ha verneting både i stiftelses-staten og normalt også der det utøver sin virksomhet.

2.4 Model Business Corporations act av 1969 (MBCA), (Revised 1984)

MBCA er en modell lov utarbeidet i den hensikt å tjene som mønster for statenes selskapslovgivning. Loven er utviklet av The Committee on Corporate Laws of the ABA’s Section on Corporation, Banking and Business Law.

Når det gjelder de opprinnelige utgavene av loven ble den vesentlige del av disses innhold vedtatt i sin helhet i omtrent 30 stater. Dette er imidlertid hovedsakelig stater av mindre betydning fra et selskapsrettslig synspunkt. Dette innebærer at stater som for eksempel New York, Delaware og California, altså der et stort antall selskaper velger å stiftes, har regler som i visse henseender avviker fra MBCA’s løsninger. De fleste statene har imidlertid inkorporert deler av loven.

3 Hensyn for og mot ansvarsgjennombrudd

Det grunnleggende prinsippet om ansvarsbegrensning for aksjonærer i AS og ASA gjelder både i Norge og USA. Prinsippet er i USA slått fast i statenes selskapslovgivning.

”As a general principle, corporations are recognized as legal entities separate from their shareholders, officers and directors. Corporate obligations remain the liability of the entity and not of the shareholders, directors, or officers who own and/or act for the entity”.¹⁰

Bakgrunnen for at man har tillatt en selskapsform der eierne kan drive næringsvirksomhet uten å risikere å tape mer enn det beløp de alt har skutt inn i selskapet, er at man vil legge til rette for investeringer i risikofylt virksomhet. Slike investeringer anses samfunnsmessig ønskelig da nyskapning fører til økt sysselsetting og økte skatteinntekter. Selv der risikoen ved virksomheten ikke er stor, vil et ubegrenset ansvar ofte kunne hemme potensielle investering og føre til at en oppvekst av større bedrifter ikke vil skje. I forhold til allmennaksjeselskaper og ”publicly held corporations”, altså selskap der hvem som helst kan innbys til å tegne aksjer, ville et bortfall av ansvarsfriheten føre til en betydelig nedgang i interesserte investorer, og langt høyere utgifter til forhåndsundersøkelser angående investeringens inntjeningspotensiale.

Resultatet av ansvarsbegrensningen er at selskapskreditorene blir sittende igjen med tapet dersom selskapet går dårlig. Lovgiver har foretatt en avveining mellom hensynet til

¹⁰ Robert B. Thompson; ”Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study”, 76 Cornell L.Rev. (1990-1991), s. 1036.

selskapskreditorer, investorer og samfunnshensyn for øvrig og kommet til at den beste løsning er å legge risikoen på kreditorene. Bakgrunnen for dette er for det første at det ofte er en frivillig sak om en ønsker å innvilge noen kreditt, samtidig som kreditorene synes å være best rustet til å håndtere tapet. Til grunn for denne vurderingen ligger synspunktet om at en selskapskreditor ofte vil ha mulighet til å undersøke selskapets finansielle situasjon før han yter kreditt, og kan dersom risikoen synes for stor kreve ekstra sikkerhet. I tillegg vil han ved stor risiko kunne ta seg betalt for denne usikkerheten gjennom høyere renter, priser eller gebyrer. Forskyvningen av risiko fra investorene i selskapet til kreditorene representerer samfunnsøkonomiske fordeler dersom kreditorene har bedre kunnskap i forbindelse med risikoevalueringen eller dersom de har bedre forutsetninger til å bære et eventuelt tap for eksempel pga. mulighet til å pulverisere tapet.

Argumentet angående kreditors muligheter til å undersøke selskapets økonomi, og dermed sikre seg på annen måte, har imidlertid ikke like sterk slagkraft i forhold til alle kreditorgrupper. For eksempel vil en låneinstitusjon ha en langt sterkere forhandlingsposisjon i forhold til et selskap enn en vareleverandør, og et offer for en erstatningsbetingende handling utført av selskapet eller dets ansatte, har verken mulighet til å velge hvem som skal påføre ham tap eller undersøke den ansvarliges finansielle situasjon i forkant av skaden.

For å minske risikoen for de som driver handel med selskapet, har man innført regler om minimumsinnskudd for norske selskaper, og i det meste av USA har man utarbeidet et prinsipp om at selskapet skal ha såkalt sufficient funding. Noen få amerikanske stater har riktignok valgt løsningen med minimumsinnskudd, men de fleste er gått bort fra disse reglene da oppfatningen er at det er typen av virksomhet selskapet driver som bør diktere hvilken sum som kan anses som tilstrekkelig kapital, i stedet for en regel som

fastsetter et likt beløp uavhengig et selskaps størrelse eller risiko. Jeg vil komme tilbake til betydningen av dette i kap. 6.

Spørsmålet blir så om prinsippet om ansvarsbegrensing bør være absolutt.

Riktignok vil det føles rimelig at de som har mest å tjene på at selskapet blir en suksess, altså investorene, også burde ha risikoen for at det går dårlig. På den annen side må en kunne si at når rettsordenen først har godtatt at man oppretter et selskap med ansvarsbegrensing bør en ha sterke grunner for likevel å pålegge ansvar. For å oppnå utvikling av nye virksomheter er det viktig at investorer har tillit til at ansvarsbegrensningen vil bli opprettholdt slik at risikoen ikke blir for stor. Det er imidlertid også viktig at resten av næringslivet har tillit til at reglene rundt aksjeselskap, og da særlig de som skal minske kreditors risiko, blir fulgt. Her kan en regel om ansvarsgjennombrudd ved illojal oppførsel fra aksjonærenes side få en preventiv virkning.

Eksempler på slik illojal oppførsel er når aksjonærene tapper selskapet for midler slik at det blir lite eller ingenting igjen til dekning for kreditorenes krav. Videre vil en klar underkapitalisering av selskapet i visse tilfeller kunne anses som misbruk av selskapsformen. Dette kan også være tilfelle dersom det er klart at selskapets eneste funksjon er å unngå ansvar, men det vil være mer betenkelig å sette et misbruk-stempel på disse situasjonene da aksjeselskap jo nettopp er ment å skulle frita eierne for ansvar. Et gjennomskjæringsansvar bør likevel kunne brukes som en sikkerhetsventil som kun anvendes i unntakstilfeller.¹¹

¹¹ Ot. prp. nr. 36 1993-94 (s.87) (og NOU 1992:29 s, 43) samt Andenæs; "Det 30. nordiske juristmøte" (1984) s. 188.

4 Ansvarsgjennombrudd i Norge

4.1 Innledning

Det hersker uenighet i teorien angående spørsmålet om det i det hele tatt kan sies å foreligge en regel om ansvarsgjennombrudd i Norge.

Som sagt er den klare hovedregel i Norge ansvarsfrihet for aksjonærer i et aksjeselskap.

Ordlyden i asl/asal § 1-2 synes å utelukke en regel om ansvarsgjennombrudd ved at den klart slår fast prinsippet om at aksjonærene ikke hefter for selskapets forpliktelser.

Forarbeidene til aksjeselskapslovene synes imidlertid å forutsette eksistensen av en slik regel. I forbindelse med bestemmelsen sies det i Ot.prp. nr 23 (1996-97) at den ”ikke er til hinder for at en aksjeeier under særlige omstendigheter kan bli ansvarlig i kraft av den foreslåtte regel om erstatningsansvar *eller* synspunkter om gjennomskjæring (ansvarsgjennombrudd)” (Min uthevnning). Videre uttales det følgende på s.117, etter et avsnitt angående erstatningsreglene; ”Også regler om såkalt *ansvarsgjennombrudd* (gjennomskjæring) kan medføre at aksjeeiere blir utsatt for et i prinsippet ubegrenset, personlig ansvar for tap voldt ved selskapets drift”(uth. her). Det skilles altså i forarbeidene mellom erstatningsansvaret og gjennomskjæring, noe som tyder på at ansvarsgjennombrudd anses som et selvstendig grunnlag uavhengig av det alminnelige culpaansvaret og ansvar etter asl/asal § 17-1. Også i Innst. O. nr. 80 (1996-97) s.29 sies det at aksjonærene i et selskap, i tillegg til reglene om erstatning, kan pålegges et ubegrenset ansvar for tap voldt ved selskapets drift. Det overlates her til domstolene å avgjøre når et slikt ansvar i tilfelle skal skje.

Hagstrøm synes å mene at det er grunnlag for ansvarsgjennombrudd, men da som en del av det alminnelige erstatningsansvaret.¹² Andenæs uttalte i det 30 nordiske juristmøte¹³ at det er et grunnlag som bare bør anvendes som sikkerhetsventil i rene unntakstilfelle, og synes med dette å forutsette at det foreligger en slik regel. I ”aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper” kommer han ikke med personlige synspunkter angående eksistensen av en slik regel, men nøyer seg med å slå fast at retten ikke tok stilling til spørsmålet om en slik regel foreligger.¹⁴ Tore Fjørtoft konkluderer på sin side med at det per dags dato (1997), ikke foreligger noen regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett, men at Høyesterett ved å formulere innholdet i et slikt ansvar, kan ha tatt det første skritt i retning av innføring av det.¹⁵ Aarbakke stiller seg mer åpen til spørsmålet.¹⁶

Det kan spørres om erstatningsregelen i asl/asal § 17-1 utelukker en regel om gjennomskjæringsansvar, da dennes ordlyd fremholder at det kun er selskapet som kan kreve erstatning fra aksjeeiere på grunnlag av tap de har voldt under utførelsen av sin oppgave. Tidligere bestemte den tilsvarende regel¹⁷ bl.a. at også kreditor kunne kreve erstatning fra akseeiere for slikt tap. Dersom meningen med endringen var at aksjonærene kun kan bli erstatningsansvarlig overfor selskapet, vil et ansvar overfor kreditorer, grunnet på ansvarsgjennombrudd være utenkelig da dette kan være en langt

¹²¹² Hagstrøm; TfR 1993 s. 279.

¹³ Andenæs; ”Det 30. nordiske juristmøte” (1984) del II s. 189.

¹⁴ Andenæs; ”Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper” s. 45.

¹⁵ Tore Fjørtoft ”Ansvarsgjennombrot – eit spørsmål om selskapsrettsleg identifikasjon” i Jussens Venner 1997.

¹⁶ Aarbakke m. Fl. ”Aksjeloven og allmennaksjeloven” s. 35.

¹⁷ Aksjeloven av 1976 § 15-1.

større byrde enn et erstatningsansvar. For eksempel kan skadelidtes forhold føre til nedsettelse av erstatningsbeløpet,¹⁸ Noen slik nedsettelse ikke er aktuelt ved gjennomskjæring. Dersom aksjonæren blir funnet ansvarlig her, trer han inn som debitor i kreditors krav fullt ut.

Det fremgår imidlertid ikke av forarbeidene¹⁹ at det var meningen å innskjerpe aksjonæransvaret. I tillegg kommer at den tilhørende regelen i asl/asal § 17-6 ser ut til å forutsette at også kreditorene kan fremme erstatningskrav mot aksjonærene, men at deres krav er prioritert etter selskapets krav.²⁰ Jeg vil komme tilbake til dette under den komparative fremstillingen i kap. 6.

Hvorvidt man kan hevde at det forligger en regel om ansvarsgjennombrudd i Norge, vil antagelig også avhenge av hvordan man definerer begrepet ”regel”. Vi har som sagt ingen lovregel som regulerer grunnlaget. Høyesterett har heller ikke begrunnet noen avgjørelser uttrykkelig på dette ansvarsgrunnlaget, men de har tatt det opp til diskusjon i et fåtall saker og drøftet hvilke vilkår som ville gjelde for et eventuelt ansvar. Slik jeg tolker Kongeparkdommen,²¹ og Minnordommen²² forutsetter Høyesterett at det kan være grunnlag for en slik regel i Norge, men at dette ulovfestede ansvarets innhold fortsatt er under utvikling slik at man til dags dato strengt tatt ikke kan tale om noen bestemt regel. Tore Fjørtoft uttaler²³ at det synes som om Høyesterett i Minnordommen

¹⁸ Jfr. Lov av 13. juni 1969 nr. 26 om skadeerstatning § 5-2.

¹⁹ Inst. O. nr. 80 1996-97 s. 28 flg.

²⁰ Aarbakke m.fl. ”Aksjeloven og allmennaksjeloven” s. 34

²¹ Rt 1996 s. 672.

²² Rt 1996 s. 742

²³ Se Tore Fjørtoft, Jussens Venner 1997 s. 300 (s. 314).

og Kongeparkdommen har vegret seg for å stille opp en regel om ansvarsgjennombrudd og at de av denne grunn ikke tillegger Sjødaldommen i RT 1993 s. 20 særlig vekt. Sistnevnte er en av de få dommer der det kan se ut som om Høyesterett reelt sett har bygd på gjennomskjæring.

En annen dom som har vært trukket fram i forbindelse med ansvarsgjennombrudd er Rt. 1991 s. 119. Denne gjelder ikke ansvarsgjennombrudd direkte, men erstatningsansvar for styremedlemmer. Dommen inneholder imidlertid uttalelser av prinsipiell betydning for ansvarsbegrensingen. ”Aksjeselskapets ansvar er begrenset til de midler selskapet disponerer over. Dersom kreditor ikke får dekning gjennom disse midler, må det derfor kreves noe spesiell før han kan skjære gjennom ansvarsbegrensingen og søke dekning hos de enkelte deltakere – aksjonærene – eller hos styremedlemmer som har stått for ledelsen av selskapet”. Dommen synes altså ikke å utelukke ansvarsgjennombrudd som et eget rettsgrunnlag, men det er usikkert om den er uttrykk for gjennomskjæring i vid eller snever forstand.²⁴

Slik jeg ser det kan imidlertid årsaken til at Høyesterett ikke har stilt opp en klar regel være at de ikke har hatt den oversikt som kreves til dette. Det har vært ført et begrenset antall saker for høyesterett der det har vært prosedert på ansvarsgjennombrudd. Det å oppstille en klar regel som et obiter dictum i en sak der de eventuelle vilkår likevel ikke er oppfylt, kan fremstille seg som problematisk. Særlig gjelder dette på et så uoversiktlig rettsområde som vi her har med å gjøre. Det at Høyesterett likevel valgte å drøfte et eventuelt ulovfestet ansvar for aksjonærene tyder, slik jeg ser det, på at det forutsettes at ansvarsgjennombrudd kan bli aktuelt dersom de får seg forelagt en sak der misbruket av aksjeselskapsformen anses tilstrekkelig graverende.

²⁴ Andenæs; ”Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper” s. 45.

Tatt rettskildene i betraktning er min konklusjon at det kan hevdes at ansvar basert på ansvarsgjennombrudd, kan være aktuelt også i Norge. Spørsmålet blir da hvilke vilkår som må være oppfylt for å pålegge et slikt ansvar, noe jeg vil forsøke å gjøre rede for i de følgende deler av dette kapittel. De viktigste rettskildene angående disse vilkår vil være Kongeparkdommen, Minnordommen og Innst. O. nr. 80 1996-97.²⁵

4.2 To hovedmomenter

Førstevoterende i Kongeparkdommen innleder med å fast at dersom det foreligger en regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett, skal det uansett mye til før et slikt ansvar gjør seg gjeldende. Han går deretter videre til å sette opp en ramme for argumentasjonen i forbindelse med et slikt rettsgrunnlag; ”Et eventuelt ansvarsgjennombrudd må – slik jeg ser det – i tilfelle begrunnes hovedsakelig ut fra to typer argumenter, (1) fremtrer det som utilbørlig overfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensingen, og (2) har det vært en sammenblanding mellom selskapene som medfører at selve det formelle selskapsforhold ikke fortjener vern. De to sett argumenter må ses i sammenheng, og det må foretas en helhetsvurdering”.

Det at sitatet under nr. 2 viser til at det har vært en sammenblanding mellom *selskapene* bør ikke leses bokstavelig. Dommen tar for seg en konkret sak der det var snakk om avtaler og overføringer mellom et morselskap og et heleid datterselskap. Uttalelsen knytter seg derfor naturlig nok til fakta i dommen, men vil også ha generell betydning i drøftelser angående ansvarsgjennombrudd. De momentene førstevoterende her oppstiller vil altså være like aktuelle i en eventuell sak der aksjonæren ikke er et annet selskap men en eller flere privatpersoner og det har funnet sted en sammenblanding av private forhold og selskapets forhold.

²⁵ Andenæs; ”Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper” s. 45.

Det vilkår at det må anses utilbørlig overfor kreditorene vil være det sentrale moment i en sak angående gjennomskjæring.²⁶ Utilbørlighet og sammenblanding vil imidlertid til en viss grad flyte over i hverandre da en sammenblanding av morselskapets, eller private midler lett kan anses utilbørlig overfor kreditor. Mulige argument for at en sammenblanding av midlene kan anses utilbørlig, kan være at der aksjonærene selv ikke har respektert aksjeselskapsformen nok til å ta seg bryet med å overholde de formelle reglene som gjelder her, er det ingen grunn til at andre skal gjøre det heller. Et annet argument kan være at der de formelle regler ikke er overholdt vil det være en større sannsynlighet for at det også kan foreligge andre uryddige forhold. Utgangspunktet i aksjeselskapsretten er at selskapet er et selvstendig rettssubjekt og derfor er ansvarlig for egne forpliktelser. Prinsippet kan utledes motsetningsvis av asl/asal. § 2-20 som sier at det før registrering normalt ikke kan erverve rettigheter eller pådra seg plikter. Rekkevidden av prinsippet må imidlertid vurderes i forhold til hver enkelt rettsregel.²⁷ En følge av at selskapet anses som en egen juridisk person er at selskapet, i stedet for aksjonærene er ansvarlige for selskapets forpliktelser. For å kunne påberope seg denne virkningen av prinsippet bør det kunne kreves at aksjonærene også behandler selskapet som et eget subjekt ved at de unnlater å blande sammen selskapets midler med egne midler.

²⁶ Se Andenæs; "Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper" s. 45, Samt NOU 1992:29 s. 44. der det sies; "Man kan gjerne formulere det slik at gjennomskjæringsansvar er hjemlet når det vil være utilbørlig eller klart urimelig om de interesser (dvs. kreditorenes) som knytter seg til selskapet, om ansvarsbegrensningen skulle bli stående".

²⁷ Andenæs; "Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper" s. 42.

At det må fremtre som utilbørlig overfor kreditorene dersom ansvarsbegrensningen opprettholdes kan tyde på at det må foreligge trekk ved aksjonærens handlinger som kan betegnes som klandreverdige. Dette synet støttes også av at det er en flytende grense mellom det alminnelige erstatningsansvaret og ansvaret etter gjennomskjæring.²⁸

Et slikt krav kan imidlertid ikke være avgjørende. Enkelte av aksjelovenes regler som er vedtatt for å beskytte kreditor mot for eksempel tapping av selskapets midler i forbindelse med bl.a. betaling av utbytte²⁹, krever at mottakeren var i ond tro. Dersom slik tapping er skjedd i tillegg til at andre fakta tilsier at en opprettholdelse av ansvarsbegrensningen vil virke utilbørlig overfor kreditorene kan, etter omstendighetene, en gjennomskjæring virke rimelig til tross for at det ikke foreligger forsømmelig handlemåte.

Når førstvoterende uttaler at det hovedsakelig er disse momenter som må tas i betraktning ved drøftelsen, i tillegg til at det må foretas en helhetsvurdering, innebærer det at også andre argumenter vil kunne ha betydning ved avgjørelsen av om ansvar skal ilegges.

Som sagt ovenfor virker det som om Høyesterett trår varsomt da de befinner seg på et uregulert og uoversiktlig rettsområde der en avgjørelse i form av ansvarsgjennombrudd, særlig på for svakt grunnlag, kan få negative konsekvenser for tilliten til aksjeselskapsinstituttet, hvilket igjen vil føre til at de samfunnsnyttige følger lovgiver søker å oppnå gjennom dette ikke vil realiseres.

²⁸ Se. Hugo P. Matre i "Karnov Norsk Lovkommentar" 2004, note 2152.

²⁹ Asl/asal § 3-6 og 3-7.

4.3 De enkelte faktorer i utilbørighetsvurderingen

4.3.1 Økonomisk ubalanse

I Kongeparkdommen³⁰ innleder førstvoterende drøftelsen ved å ta utgangspunkt i hvorvidt det kan sies å foreligge økonomisk ubalanse mellom morselskapet og datterselskapet. Økonomisk ubalanse vil si at rettigheter og byrder er skjevt fordelt i forholdet mellom selskapene.

Dersom eksempelvis et morselskap beslutter seg for å legge en bestemt del av virksomheten til et annet selskap og dette selskapet skal drives i form av et aksjeselskap, kreves det at det opprettede selskap behandles et selvstendig selskap i motsetning til en avdeling under morselskapet. En følge av dette er at det må foreligge en viss grad av gjensidighet hva angår avtaler og forholdene ellers mellom selskapene. Da det naturlig nok kan foreligge et tettere samarbeid og et annet bånd mellom mor og datterselskap enn det vi ser mellom selvstendige parter, kreves det ikke at avtaler dem imellom må være nøyaktig slik de ville vært hadde datterselskapet vært en selvstendig part. Det kreves imidlertid at avtalene ikke er kvalifisert negativ for datterselskapet. Dette fremgår slik jeg ser det av førstvoterendes uttalelse i Kongeparkdommen der han sier at en avtale tilsvarende disposisjonsavtalen mellom selskapene i saken, neppe ville vært inngått mellom uavhengige parter men at "pay as you earn" bestemmelsen i alle fall ikke var til skade for datterselskapet, og at dersom avtalen innebar ubalanse i forholdet mellom partene, var dette uansett ikke i disfavør av Kongeparken AS, som altså var datterselskapet.

Kvalifisert negativ vil en avtale være for eksempel dersom morselskapet anvender datterselskapets midler, enten driftsmidler eller ansatte, uten at det ytes noe vederlag for

³⁰ Rt 1996 s. 672.

bruken. Videre vil en avtale som legger hele eller vesentlige deler av byrden på datterselskapet og fordelene til morselskapet lett kunne anses som kvalifisert negativ, eksempelvis der morselskapet står for den inntektsskapende del av foretaket mens datterselskapet sitter igjen med den kostnadskrevende delen. Ved vurderingen av om forholdet selskapene mellom er ubalansert må en ta utgangspunkt i hvordan en avtale mellom selvstendige parter ville sett ut. Det er imidlertid som sagt ikke noe krav at avtalene skal være nøyaktig slik de ville vært hadde partene vært uavhengige næringsdrivende. Videre bør alle avtaler selskapene mellom ses under ett, da det gjerne kan ha seg slik at enkelte avtaler gir større fordeler til ett selskap mens en annen avtale retter opp denne skjevheten.

Kongeparkdommen ble imidlertid avsagt før den nye aksjeloven. En nyhet i denne loven er regelen i asl/asal § 3-9 som stiller opp visse prinsipper for konserninterne transaksjoner. Begrepet konsern defineres i asl/asal § 1-3. I følge denne skal transaksjoner selskapene mellom grunnes på vanlige forretningsmessige vilkår. Hva som ligger i dette kan være usikkert. Bråthen³¹ uttaler at det vil være et viktig moment om avtalene er lojale. Som eksempler på illojale transaksjoner nevner han en del momenter som også er av betydning i forbindelse med ansvarsgjennombrudd, som for eksempel tapping, og underkapitalisering.

Med hensyn til de momenter angående gjennomskjæring jeg har behandlet ovenfor i dette punktet, vil jeg tro at en del av dem vil anses relevante også i forbindelse med asl/asal § 3-9 da de nettopp gjelder hvorvidt transaksjoner mellom mor og datterselskap er forretningsmessige.

³¹ Tore Bråthen; "Styremedlem og aksjonær" s. 123.

4.3.2 Underkapitalisering

Minstekravet til et selskaps aksjekapital på 100,000 for aksjeselskap og 1 million for allmennaksjeselskap i asl/asal § 3-1, er ment å gi selskapets kreditorer en viss sikkerhet. Hvorvidt dette rent faktisk oppstiller en sikkerhet for kreditorene kan imidlertid diskuteres. Etter stiftelsen vil den kun ha betydning som et beløp i vedtekter og regnskap, da den kan stort sett kan brukes til det eierne bestemmer (med unntak av utdelinger til aksjonærene). Størrelsen på et selskap, og hvilken type virksomhet det driver vil være avgjørende for omfanget av den *egenkapital* som er nødvendig dersom selskapet skal besitte noen form for sikkerhet for kreditorene. Men et selskaps egenkapital er noe annet enn selskapets aksjekapital.

Aksjekapital vil si aksjenes pålydende ganger antall aksjer, i motsetning til selskapets egenkapital som er den nettokapital, altså aktiva minus passiva, selskapet til enhver tid innehar.

Et av hensynene bak minstekravet til aksjekapitalen er at til tross for at eierne gjennom ansvarsbegrensingen skal unngå risikoen ved å miste alt de eier, skal de ikke kunne starte en virksomhet uten risiko overhodet.

Reglene i asl/asal § 2-8 4, om at egenkapitalen ved stiftelsen må være lik aksjekapitalen, sikrer at eierne ikke starter virksomheten med gjeld. De kan altså ikke skyte inn aksjekapital i selskapet for og så ta denne ut igjen ved lån til selskapet, før selskapet er stiftet, (hvilket i realiteten ville innebære en omgåelse også av reglene i asl/asal § 2-11 som bestemmer at aksjeinnskuddet skal være innbetalt før selskapet registreres).

Eierne av et aksjeselskap kan ikke foreta utdelinger dersom disse hentes fra den bundne egenkapital. Den bundne egenkapital er aksjekapitalen samt overkursfond og fond for vurderingsforskjeller, se asl/asal §§ 3-1, 3-2 og 3-3. Dette gir kreditorene et visst vern

mot at eierne tapper selskapet for midler. Det kan imidlertid ikke verne mot at selskapet går med tap.

Reglene om forsvarlig egenkapital i asl/asal §§ 3-4 og 3-5 kan heller ikke sikre mot at selskapet går med tap, men de stiller opp et krav om at selskapet for det første skal ha en egenkapital som er forsvarlig, og for det andre en handleplikt for styret dersom egenkapitalen blir for lav. Man forsøker således å sikre at virksomheten ikke tømmes for midler med den virkning at det ikke gjenstår noe til dekning for kreditorene.

Spørsmålet blir etter dette hva som skal regnes med til selskapets egenkapital i forhold til disse bestemmelsene, og når denne må sies å være uforsvarlig lav.

Hva som er tilstrekkelig egenkapital, vil måtte avgjøres ut fra en konkret helhetsvurdering der det ifølge ordlyden i asl/asal § 3-4 bl.a. tas hensyn til hvilken type virksomhet som drives, omfanget av denne, og hvor stor risiko som typisk forbindes med vedkommende virksomhet.

Egenkapital etter asl/asal § 3-4 vil i utgangspunktet være selskapets eiendeler minus gjeld, altså nettokapitalen.³² Da det her er snakk om en vurdering av hva som er forsvarlig egenkapital vil ikke den bokførte egenkapital være avgjørende. I tillegg må eventuelle andre verdier tas i betraktning slik at det avgjørende i denne sammenheng er den reelle egenkapital.³³ Dette innebærer at alt som representerer en verdi for selskapet kan tas med i vurderingen av hvorvidt det foreligger forsvarlig egenkapital. Eksempler på dette kan være den reelle verdien på eiendeler som bokføres til lavere verdi, sannsynlige nye inntjeningsmuligheter, goodwill osv. Det er også mulig at garantier for

³² Jfr. Tore Bråthen i Karnov; Norsk Lovkommentar note 246 til aksjeselskapsloven.

³³ NOU 1996: 3 13.6.2, § 6-1 s. 146.

selskapets lån fra for eksempel morselskapet, forventet kapitaltilførsel og lignende kan tas i betraktning.³⁴

For det første vil ansvarlig lånekapital bli medregnet det reelle egenkapitalgrunnlaget.

Se Kongeparkdommen, som også henviser til Rt 1991 s. 119 der et tilsvarende beløp i en lignende situasjon, ble regnet med ved vurderingen av selskapets finansielle styrke. "... forholdet var at Park Holding AS ytet et kapitaltilskudd til Kongeparken AS ut over aksjekapitalen på ca 1,6 millioner kroner. Selv om dette var lånekapital, er det nærliggende å oppfatte lånene, som ansvarlig lånekapital som skulle stå tilbake for krav fra øvrige kreditorer. Ved spørsmål om underkapitalisering – om egenkapitalgrunnlaget var uforsvarlig lavt – må det være riktig å medregne slike lån". Dommen gjelder utilstrekkelig egenkapital ved ansvarsgjennombrudd og er altså relevant i vår sammenheng. Som vist like nedenfor mener Andenæs at den også er av betydning for vurderingen av utilstrekkelig egenkapital i forbindelse med erstatningsregelen i asl/asal. § 17-1, og jeg kan ikke se noen grunn til at den ikke også skulle være det i forbindelse med en tolkning av asl/asal. § 3-4 da det er samme begrep som går igjen i relasjon til alle reglene.

Begrunnelsen for at slike lån medregnes selskapets egenkapitalgrunnlag er at de bærer preg av å være en tilførsel til kapitalbasen. De styrker altså selskapets finansielle stilling uten å gjøre kreditorenes dekningsgrunnlag dårligere. Dersom lånet derimot må anses som krisehjelp i en situasjon der selskapet alt har likviditetsproblemer, vil det ikke ha samme funksjon i og med at det i slike situasjoner normalt vil gå til dekning av driftsutgifter.

I tillegg til dette vil gunstige lånefinansieringer og lignende kunne tas i betraktning.

³⁴ Tore Bråthen; "Selskapsrett" s. 74

”Ved vurdering av om egenkapitalen er forsvarlig vil sammensetningen av fremmedkapitalen være av betydning. Det vil i denne forbindelse være av betydning om det i fremmedkapitalen inngår etterprioriterte lån og det må legges vekt på rentebetingelser, lånenes løpetid mv.”³⁵

Etter asl/asal § 3-5 har styret en plikt til å sette foreslå igangsetting av tiltak dersom egenkapitalen viser seg å ha blitt uforsvarlig lav. Plikten til å holde øye med egenkapitalen følger også av den alminnelige regel om styrets tilsynsansvar i

asl/asal § 6-13. Regelen må ses i sammenheng med asl/asal § 3-4 slik at vurderingen av egenkapitalen, og hvorvidt denne er forsvarlig, vil måtte baseres på samme vurdering som etter denne bestemmelsen.³⁶ Tiltak som kan settes i gang er eksempelvis reduksjon av virksomheten, refinansiering, sparetiltak, tilførsel av ansvarlig lånekapital eller ny egenkapital etter reglene om kapitalforhøyelse i asl/asal kap. 10.³⁷

Styret har normalt kun en plikt til å forslå at tiltak igangsettes. Det er generalforsamlingen som avgjør hvorvidt og i hvilken grad slike tiltak rent faktisk skal utføres. Dersom styret har oppfylt sin plikt, vil et eventuelt ansvar følgelig ligge på generalforsamlingen dersom årsaken til unnlåtelsen ligger hos denne. Dette kan være tilfellet der generalforsamlingen har nektet å vedta tiltak som kan forbedre selskapets situasjon.

Dersom styret er i stand til å ordne opp i problemene selv kan det argumenteres for at dette i enkelte tilfeller er det beste. Blant annet da innkallelse av ekstraordinær generalforsamling kan

³⁵ NOU 1996: 3 13.6.2. § 6-1.

³⁶ Ot.prp. nr. 23 (1996-97) kap. 5.10.4 s. 54.

³⁷ Tore Bråthen; ”Karnov - Norsk lovkommentar” 2004, note 254 til aksjeselskapsloven.

være dyrt. I tillegg kan det være til skade for firmaet dersom opplysninger angående dets økonomiske vanskeligheter blir offentlig.³⁸

En mulig følge av unnlatelse av å igangsette tiltak for å bedre selskapets økonomiske situasjon kan være erstatningsansvar for aksjonærene etter asl/asal § 17-1, eller straffeansvar etter asl/asal § 19-1. Hva angår asl/asal § 17-1 kan det utledes en generell forsvarlighetsplikt for aksjonærene.³⁹ Generelt gjelder det at aksjonærene ikke har noen plikt enn innskuddsforpliktelsen, men velger de å delta på noen måte, må de altså utvise en viss grad av forsvarlighet under utførelsen av denne deltagelsen.

I tillegg til ansvaret etter asl/asal § 17-1 vil culpaansvaret i den alminnelige erstatningsrett gjelde der vilkårene er oppfylt.⁴⁰

I forhold til avhandlingens tema, vil utilstrekkelig egenkapital ha betydning også ved vurderingen av om det skal foretas ansvarsgjennombrudd overfor aksjonærene.⁴¹

”Et annet moment i en utilbørighetsvurdering som nevnt, vil være om Kongeparken AS var underkapitalisert”.⁴²

Anvendelse vil her særlig være aktuelt dersom vilkårene i straffeloven eller i forbindelse med uaktsomhetsansvar ikke er oppfylt. Likeså der egenkapitalen ligger på grensen til

³⁸ Tore Bråthen; ”Selskapsrett” s. 78.

³⁹ Andenæs; ”Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper” s. 65.

⁴⁰ Hugo P. Matre; ”Karnov. Norsk Lovkommentar” note 2146 til aksjeselskapsloven.

⁴¹ Rt 1996 s. 672. Asmundson og Gustavson; ”Utvidet aksjonæransvar – Ansvarsgjennombrudd” JV. 1995 s. 278. Hagstrøm; ”Ansvarsgjennombrudd etter norsk rett” TfR 1993 s. 257.

⁴² Rt 1996 s. 672.

hva som kan anses som forsvarlig samtidig som andre momenter i forbindelse med ansvarsgjennombrudd er oppfylt.

Underkapitalisering alene vil neppe være tilstrekkelig til å statuere gjennomskjæring. I tillegg vil det utelukke ansvar for aksjonærene dersom kreditor kjente til dette forholdet. Dersom kreditor var klar over selskapets økonomiske stilling vil det kunne sies å være aksept av risiko, noe som utelukker ansvar etter alminneligerstatningsansvar.⁴³ I forhold til ansvarsgjennombrudd og vilkåret om utilbørlighet kan det heller ikke sies å være utilbørlig overfor kreditor der han kjente til situasjonen.

4.3.3 Sammenblanding mellom selskapene

Innledningsvis skal det her poengteres at det ikke kan anses utilbørlig i seg selv at risikofylt virksomhet i en bedrift blir skilt ut i et eget aksjeselskap.⁴⁴ Dette gjelder selv om hovedformålet med utskillelsen nettopp er å unnslippe et eventuelt ansvar. For det første er det svært vanlig å organisere mer risikofylte deler av virksomheten på dette viset. For det annet ville en del av formålet med å etablere konsern, som lovgiver jo har ansett som akseptabelt i og med at det er vedtatt regler om dette, falle bort. I enkelte tilfeller i forbindelse med statlig støtte er det også et krav at særlig risikofylt virksomhet skilles ut i form av et eget aksjeselskap for å unngå at støtten blir trukket med ved eventuell insolvens.⁴⁵ Utgangspunktet for vurderingen i forhold til ansvarsgjennombrudd, er hvorvidt den utskilte del drives på en slik måte at det vil anses

⁴³ Hagstrøm; "Ansvarsgjennombrudd etter norsk rett" TfR 1993 s. 261.

⁴⁴ Rt 1996 s. 672.

⁴⁵ Knudsen; "Det 30 nordiske juristmøte" (1984) del. II s. 195.

utilbørlig⁴⁶ å opprettholde ansvarsbegrensingen overfor kreditorene. Dersom datterselskapet, eller for den del en eller flere private eieres aksjeselskap, blir drevet på en slik måte at det ikke foreligger et noenlunde klart skille mellom eierne og aksjeselskapet, kan dette føres til at det anses utilbørlig.

Fjørtøft⁴⁷ skiller mellom rettslig og faktisk sammenblanding.

Rettslig sammenblanding foreligger der selskapene har den samme ledelse, m.a.o. at det er de samme personene som utgjør begge selskapenes styrever. Det som gjør sammenblandingen utilbørlig vil ikke være det forhold at de samme personer sitter i begge selskapenes ledelse. Dersom en følge av dette er at det blir vanskelig eller umulig for utenforstående å avgjøre hvilket selskap ledelsen handler på vegne av, vil det imidlertid kunne innebære urimelighet. Dette gjelder ikke minst da det vil være vanskeligere for en kreditor å foreta en begrunnet vurdering av foreliggende risiko, dersom han er i villrede angående hvilket selskap han handler med. Et annet eksempel på sammenblanding er der det avholdes felles styremøter og avgjørelser, tas uten at det gjøres klart om avgjørelsene er tatt for morselskapet eller datterselskapet.

Faktisk sammenblanding vil si at selskapene for eksempel har felles regnskapsføring, budsjettering, bruker samme maskinpark, eller ansatte, eller dersom begge bruker morselskapets navn på brevpapir eller fakturaer.

Det er ingenting i veien for at datterselskapet anvender ansatte fra morselskapet eller at de begge bruker samme maskinpark osv. Det sentrale vil være om dette skjer på en slik måte at "det formelle selskapsforhold ikke fortjener vern".⁴⁸ Slikt kan være tilfelle

⁴⁶ Tore Bråthen; "Selskapsrett" s. 78.

⁴⁷ Tore Fjørtøft; "Ansvarsgjennombrot – eit spørsmål om selskapsrettsleg identifikasjon?" JV. 1997 s. 300.

⁴⁸ Rt 1996 s. 672.

dersom det ikke gjøres klart hvilket av de to selskapene en postering i regnskapet er ført for eller dersom det ikke betales vederlag for lån av ansatte. Her kan vi også se at momentet økonomisk ubalanse og sammenblanding til en viss grad flyter i hverandre.

4.3.4 Dominerende innflytelse

Det at morselskapet har en dominerende innflytelse over datterselskapet, er ikke i seg selv et moment som vil ha betydning i en vurdering angående hvorvidt det skal foretas ansvarsgjennombrudd overfor aksjonærene, til fordel for selskapets kreditorer. Hadde dette vært tilfellet, ville det i realiteten foreligge en eierbegrensing for aksjeselskaper som ville stått i motsetningsforhold til både konsernreglene og det tilfellet at aksjeloven ikke lenger setter det som vilkår at det må være to eller flere eiere i et aksjeselskap.

ingenting i veien for å opprette et selskap som står for de mer risikofylte deler av virksomheten. Ei heller er det noe i veien for å opprette konserner. Det forhold at eierselskapet har dominerende og avgjørende innflytelse over datterselskapet, er i mange tilfeller nødvendig for driften av selskapenes virksomhet som et hele. Det er da heller ikke noe mistenkelig eller utilbørlig ved at eierne av et selskap ønsker å ha en avgjørende stemme angående måten deres investering blir drevet på. Det som kan komme inn som et moment ved gjennombruddsvurderingen, er tilfeller der den dominerende innflytelse er blitt brukt på en slik måte at det må anses utilbørlig overfor kreditorene. Dette kan være tilfellet dersom avgjørelser som er tatt i datterselskapet, av en ledelse som er satt inn av morselskapet, prioriterer hensynet til morselskapets beste på bekostning av datterselskapet. Kravet om at datterselskapet skal behandles som et selvstendig selskap i stedet for en underavdeling går altså igjen også her.

4.3.5 Illojal tapping av selskapsmidler

Dersom det skjer en illojal tapping av selskapets midler slik at det står lite eller ingenting igjen til dekning for kreditorene, vil det klart være utilbørlig å opprettholde ansvarsbegrensingen. En slik tapping kan være en virkning av misbruk av en dominerende innflytelse i selskapet.

Et eksempel på illojal tapping har vi i Sjødaldommen⁴⁹ der alt av verdier ble trukket ut av selskapet før virksomheten ble fortsatt i et annet aksjeselskap.

Det er ikke et krav i forhold til ansvarsgjennombrudd at tappingen er i strid med reglene om utdeling i aksjelovene, men dette vil klart komme inn som et moment i vurderingen. De reglene det her er snakk om vil hovedsakelig være asl/asal 3-4 mv. (se punkt 6.5). Det avgjørende er fortsatt hvorvidt handlingen kan anses som utilbørlig. Tapping vil ikke bare foreligge der man tømmer selskapet for midler, men også der man for eksempel selger en gjenstand til datterselskapet til en overvurdert pris slik at selskapet tilføres mindre midler enn det får i gjengjeld.

4.4 Hvor mye må til for å statuere ansvar?

Som sagt ovenfor skal det ifølge Kongeparkdommen ”... mye til for å statuere et slikt direkte ansvar overfor aksjonærene”. Dette synet støttes også i teorien⁵⁰ og i forarbeidene⁵¹.

⁴⁹ Rt 1993 s. 20.

⁵⁰ Se Fjørtoft i JV. s. 300 (s. 314), Andenæs på s. 189 i ”Det 30. nordiske juristmøte” som mener det kun bør anvendes som sikkerhetsventil i unntakstilfeller.

⁵¹ Se for eksempel NOU 1992: 29 s. 44.

Spørsmålet blir da hvor mye som skal til, og ikke minst hvorvidt det kreves at flere av momentene i vurderingen er oppfylt.

Førstvoterendes uttalelse i Kongeparkdommen kan her gi en pekepinn. Det forhold at et ansvarsgjennombrudd bør begrunnes ut fra de to oppstilte argumenter, kan ikke være et krav om at begge må være oppfylt, men må anses som en retningslinje eller ramme for drøftelsen. Hovedmomentet er at drøftelsen skal baseres på en vurdering av hvorvidt det vil være utilbørlig eller urimelig overfor kreditorene dersom ansvarsbegrensningen opprettholdes. Da det også må foretas en helhetsvurdering, vil alvorlighetsgraden av de enkelte momenter som er oppfylt i den enkelte sak, avgjøre om et eventuelt ansvarsgjennombrudd vil være rimelig, og altså ikke en forhåndsoppstilt presumpsjon for at ansvarsgjennombrudd nødvendigvis krever en kumulasjon av de tidligere nevnte vilkår.

Mest aktuelt vil det nok være å foreta en gjennomskjæring der eierne har opptrådt illojalt på flere områder der hvert enkelt moment ikke er nok til danne et grunnlag for å pålegge andre former for ansvar, men samlet fremstår som tilstrekkelig utilbørlig til å begrunne at ansvaret pålegges dem i stedet for kreditorene. Dette kan for eksempel være tilfellet der det har skjedd litt tapping av selskapsmidler, egenkapitalen er på grensen til det som kan anses som utilstrekkelig, endel styring av dominerende eiere som tilgodeser egne formål i stedet for selskapet interesser osv.

5 Ansvarsgjennombrudd i USA

5.1 Innledning

Også i USA, er hovedregelen at et aksjeselskap er en selvstendig juridisk person. Enkelte teoretikere hevder at det forhold at selskapet er et eget rettssubjekt er begrunnelsen for eiernes ansvarsbegrensning. Eierne vil etter dette overhodet ikke kunne være ansvarlig, da det kun er selskapet som kan være pliktig til å oppfylle sine forpliktelser.⁵²

Andre teoretikere fremholder at prinsippet om at selskapet er en juridisk person ikke nødvendigvis innebærer at eierne er uten ansvar i alle relasjoner. Formuleringen ”juridisk person” er kun et juridisk hjelpebegrep som ene og alene er skapt for å bistå i den juridiske tankegang. Forestillingen om en selvstendig aksjeselskap enhet innebærer i seg selv kun en generell regel om at selskapet, med visse unntak, vil bli respektert som et eget rettssubjekt.⁵³

Problemet i amerikanske rettsavgjørelser er at domstolene i et flertall av sakene tar utgangspunkt i å fastslå at prinsippet om selskapets rettssubjektivitet utelukker ansvar for dets eiere og at dersom disse altså skal pålegges ansvar for selskapets forpliktelser, kan dette kun skje ved at man ser bort fra forestillingen om selskapet som en juridisk person. I stedet for å formulere problemstillingen slik at spørsmålet blir i hvilke tilfeller

⁵² Warren; ”Safeguarding the Creditors of Corporations” 36 Harv. L. Rev. s. 509 (s. 519) (1923).

⁵³ H. Ballantine; ”Ballantine on Corporations” §§ 118 – 42 (rev. ed. 1946), og H. Henn; ”Law of Corporations” § 146 n.6 (2d. ed 1970).

aksjonærene bør pålegges ansvar, spør de hvorvidt et selvstendig selskap reelt sett har eksistert.⁵⁴

Å gi en oversiktlig fremstilling av rettstilstanden i forbindelse med ansvarsgjennombrudd i USA er vanskelig ikke bare pga. forskjellig praksis i de ulike statene og føderal domstol, men også fordi dommere ofte begrunner avgjørelsene sine i form av begreper eller metaforer som "alter ego" og "instrumentality" uten egentlig å gi noen videre forklaring på hvilke fakta i saken som begrunner konklusjonen om at selskapet ikke har fungert som en selvstendig enhet. Phillip L. Blumberg's uttalelse er beskrivende for hvordan rettstilstanden oppfattes; "Courts state that the corporate entity is to be disregarded because the corporation is, for example, a mere "alter ego". But they do not inform us why this is so, except in very broad terms that provide little general guidance. As a result we are faced with hundreds of decisions that are irreconcilable and not entirely comprehensible. Few areas of the law have been so sharply criticized by commentators".⁵⁵

Forvirringen rundt når ansvarsgjennombrudd vil være aktuelt, skaper vanskeligheter for jurister når det gjelder å gi deres klienter klare retningslinjer angående måten selskapet må drives på dersom man skal være sikker på å unngå ansvar. Teorien har likevel, med grunnlag i de vage rettsavgjørelsene, klart å oppstille visse sjekklister med momenter som kan være av betydning i en sak om ansvarsgjennombrudd. Det skal også fremheves at det er en ting å si at domstolene er vel vag i sin ordbruk omkring gjennomskjæring,

⁵⁴ Hackney og Benson; "Shareholder Liability for Inadequate Capital" 43 U. Pitt. L. Rev. 837 (1981 – 1982) (s. 843).

⁵⁵ Phillip I. Blumberg; "The Law of Corporate Groups: Procedural Problems in the Law of Parent and Subsidiary Corporations" (1983).

men noe helt annet å si at de foretar ansvarsgjennombrudd i saker der det ikke kan sies å være rimelig. Sett under ett virker det som om domstolene er tilbakeholdne med å statuere ansvar, men at det skjer der det anses som det rimeligste alternativ ut fra en helhetsvurdering. Videre viser empiriske undersøkelser at det aldri foretas ansvarsgjennombrudd i forhold til ”publicly traded corporations”, altså allmennaksjeselskap med et høyt antall aksjonærer. Det synes altså som om gjennomskjæring er forbeholdt tilfeller der det er 10, eller mindre, aksjonærer eller der det er snakk om mor-, datter- og søsterselskaper.⁵⁶ Begrunnelsen for dette synes å være at aksjonærer ikke har noen plikt til å delta i styringen av virksomheten. Dersom de velger å ikke delta på annen måte enn gjennom sin investering, vil de ikke ha oversikt over hvordan selskapet blir drevet i det daglige og kan da heller ikke anses ansvarlig for de avgjørelser som tas. Normalt pålegges ansvar kun der aksjonærene i et ”closely held corporation”, altså alminnelig aksjeselskap, har vært aksjonærer i tillegg til å ha deltatt i den daglige drift av selskapet på ett eller annet vis. Det samme gjelder der morselskapet har hatt egne folk i datterselskapets ledelse og altså på den måten hatt bestemmende myndighet over driften.

En forutsetning for ansvarsgjennombrudd er normalt at det foreligger et lovlig stiftet selskap som ikke er oppløst. Etter MBCA § 2.03 eksisterer ikke selskapet før det er registrert, og kan følgelig heller ikke erverve rettigheter eller pådra seg forpliktelser. Kravene for at et selskap skal være stiftet er etter MBCA § 2.03 at stiftelsesdokumentet inneholder visse opplysninger fastsatt i den enkelte stats aksjelovgivning (se også

⁵⁶ Robert B. Thompson ”The Limits of Liability in the New Limited Liability Entities” 32 Wake Forest L. Rev. 1, 9-10 (1997).

MBCA § 2.02) i tillegg til at det registreres hos "The Secretary of State" i stiftelsesstaten.

Tidligere fulgte domstolene ofte den domstolskapte "de facto corporation" doktrinen som gikk ut på at dersom stifterne i god tro hadde forsøkt å stifte selskapet på lovlig vis, ville et de facto selskap anses for å foreligge. Dette vil normalt være tilfeller der stiftelsesdokumentet nektes registrering hos "The Secretary of State" pga. mangler ved innholdet. Selskapet ville altså fått samme rettslige status som om det hadde vært stiftet i tråd med loven.⁵⁷

Det er altså her snakk om ansvar for avtaler som er inngått i tro om at alt var i orden. i tidsrommet fra registrering ble nektet til stifterne har fått rettet opp mangelen i stiftelsesdokumentet.

De fleste stater har nå avskaffet denne doktrinen og pålegger stiftere som inngår avtaler i selskapets navn, til tross for at de er klar over at selskapet ikke er korrekt stiftet, ansvar for forpliktelsene.

En annen domstolskapt regel er "corporation by estoppel" doktrinen. Denne sier at der en kreditor gjør forretninger med selskapet som om det skulle vært et lovlig stiftet selskap, og som i tillegg går med på å holde selskapet ansvarlig, ikke senere kan gjøre ansvar gjeldende mot aksjonærene på grunnlag av at selskapet ikke er lovlig stiftet. Denne doktrinen anvendes muligens fortsatt enkelte stater.⁵⁸ Det må imidlertid her skilles mellom aksjonærer som har hatt kunnskap om, eller deltatt ved,

⁵⁷ Robert W. Hamilton; "The Law of Corporations – In a Nutshell" 3rd ed. S. 74-75.

⁵⁸ Steve Emanuel; "Emanuel Crunchtime: Corporations" (2000 -2001) s. 39.

avtaleinngåelsen, og de som ikke har det. Det er kun de som ikke har deltatt som vil kunne holdes ansvarsfri.

Den regel de fleste stater anvender i dag er slått fast i lovgivning (MBCA § 2.04.) i stedet for domspraksis, men fører ofte til samme resultat som "corporation by estoppel" doktrinen.

Se MBCA § 2,04 "All persons purporting to act as or on behalf of a corporation, knowing there was no incorporation under this Act, are jointly and severally liable for all liabilities created while so acting".

De to domstolskapte doktrinene vil i utgangspunktet ligne på reglene i asl/asal. § 2-20. Det er imidlertid en vesentlig forskjell. I USA anvendes de ut fra synsvinkelen om når et selskap, og for hvilke formål, et selskap kan anses stiftet til tross for at det formelt ikke er det. Hos oss ville vi si at de omhandlet spørsmålet om hvem som er ansvarlig for transaksjoner foretatt før stiftelsen. De regler i USA som regulerer dette er imidlertid ikke de to doktrinene (selv om "estoppel doktrinen" ofte vil føre til samme resultat), men regelen i MBCA som er nevnt like overfor. Disse reglene vil ikke behandles i det følgende da jeg forutsetter at selskapets forpliktelser rent faktisk er pådratt av dette.

5.2 De enkelte faktorer i piercing the corporate veil doktrinen:

5.2.1 Innledning

En test som er anvendt av et flertall domstoler i USA, er den såkalte two-pronged test. Etter denne ses det bort fra selskapets rettssubjektivitet når; "(1) the shareholders have not maintained the separate identity of the corporation; and (2) the shareholders have

misused the corporate form in such a way that, if the acts at issue are attributed to the corporation alone, an inequitable result will follow”.⁵⁹

Med andre ord vil det avgjørende være hvorvidt det har vært sammenblanding mellom selskapet og eierne, og om disse har misbrukt aksjeselskapsformen på et slikt vis at det vil medføre et urimelig resultat dersom selskapet alene blir å anse som ansvarlig for forpliktelsene. Den første delen av testen er kjent under flere forskjellige navn, eks ”instrumentality”, ”alter ego”, ”dummy”, ”corporate double” osv. Testen går ut på å avgjøre hvorvidt sammenblandingen mellom eieren(e) og selskapet er av en slik art at man ikke lengre kan si at de er to separate ”personligheter”. Dette finnes gjerne å være tilfellet der ledelsen ikke har overholdt de formelle krav med henhold til hvordan aksjeselskapet skal drives, for eksempel når det gjelder styremøter, regnskapsføring, utstedelse av aksjer osv, og der selskapets midler eller forhold blandes sammen med eiernes midler eller forhold.

Den andre delen av testen er typisk oppfylt der domstolen finner det bevist at det er foretatt noen form for svindel, selskapet har vært underkapitalisert eller aksjonærene har opptrådt i ond tro.

Med 52 separate domsjurisdiksjoner, er dette selvfølgelig ikke eneste fremgangsmåten som brukes. Et annet prinsipp som anvendes er ”the equitable principle” som ble formulert på følgende vis i en sak for US Supreme Court; ”the doctrine of corporate entity, recognized generally and for most purposes, will not be regarded when so to do would work fraud or injustice”.⁶⁰ Det kan trygt sies at det her oppstilles en temmelig vid

⁵⁹ Epperson and Canny; ”The Capital Shareholder’s Ultimate Calamity: Pierced corporate veils and shareholder liability in the District of Columbia, Maryland, and Virginia” 3 Cath. U. L. Rev. (1988 s. 605 (s. 612).

⁶⁰ Taylor v. Standard Gas and Electric co., 306 U.S. 307, 307 (1939).

ramme for når et selskaps rettssubjektivitet ikke vil bli respektert. Videre uttales det i en sak fra New York at en vil se bort fra prinsippet om ansvarsbegrensning for aksjonærer ”when the sacrifice is essential to the end that some accepted public policy may be defended or upheld”⁶¹ Denne uttalelsen klargjør heller ikke innholdet i ”piercing the corporate veil” doktrinen.

Et prinsipp som også har vært mye anvendt er den såkalte ”instrumentality” doktrinen som sier at selskapsformen vil ”be disregarded in a case where a corporation is so organized and controlled, or its affairs so conducted, as to make it a mere instrumentality or adjunct of another corporation”.⁶² Begrepet ”instrumentality” gir ikke noe god veiledning når det gjelder konkret hvilke faktorer som vil ha relevans ved vurderingen eller hvor stor vekt de forskjellige bør tillegges. På sett og vis vil jo ethvert selskap i større eller mindre grad være eiernes redskap, eller instrument om man vil.

Ifølge Professor Landers vil utgangspunktet for vurderingen være en modell av hvordan et selskap ifølge loven skal være.⁶³ Med andre ord vil det oppstilles visse forventninger, eller krav, til hvordan et selskap skal være organisert og drevet. Dersom det foreligger et betydelig avvik fra denne modellen vil det resultere i tap av ansvarsbegrensningen. Etter hans teori krever denne modellen at selskapet er økonomisk levedyktig og at det overholder enkelte formelle krav.

Det er utformet en mengde andre doktriner for hvordan ”piercing” saker skal løses, men det er for det første vanskelig å sette seg inn i alle, samtidig som det ville gå for langt å gjøre rede for dem alle i en avhandling som dette. Det en imidlertid kan utlede av de

⁶¹ Dommer Cardozo i *Berkey v. Third Ave. Ry.*, 244 N.Y. 84, 155 N.E. 58, 61 (1926).

⁶² *Watertown Paper co.*, 169 F. 252. 256. (2d. cir. 1909).

⁶³ Landers; “ A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy” 42 U. Chi. L. Rev. 589 (1975).

ulike prinsippene, og som går igjen i dem, er at formelle regler må følges og det ikke må foreligge en urimelig sammenblanding av midler. Videre må selskapet ha kapital nok til å kunne drive den forutsatte virksomhet og det må ikke foreligge svindel eller forhold som gjør det urimelig å opprettholde ansvarsbegrensningen. For å si på godt norsk må det foretas en konkret helhetsvurdering basert på fakta i saken der det avgjørende hovedsakelig vil være hvorvidt det vil være urimelig å opprettholde ansvarsbegrensningen.

Hva angår tilfellene der aksjonærene har en dominerende innflytelse i selskapet, viser jeg til fremstillingen av ansvarsgjennombrudd i norsk rett, punkt 4.3.4. da tilnærmingen til denne faktoren er lik i norsk og amerikansk rett.

5.2.2 Sammenblanding – Failure to follow corporate formalities

Metaforer om at selskapet har fungert som aksjonæren(es) alter ego eller lignende anvendes ofte av amerikanske domstoler som begrunnelse for ansvarsgjennombrudd, uten at det egentlig gjøres rede for hvilke fakta som har ført fram til denne konklusjonen. Vanligvis nevner de imidlertid en del av de formelle krav selskapet har unnlatt å følge, problemet er bare at det normalt ikke forklares hvorfor denne unnlattelsen fører til konklusjonen om at selskapet kun har fungert som et redskap (instrumentality) for aksjonærens eller morselskapets personlige agenda.

En del unnlatelser som typisk vil føre til en fare for ansvarsgjennombrudd, er unnlattelse av å avholde generalforsamlingsmøter eller styremøter. Generalforsamlingsmøter er obligatoriske etter MBCA § 7-01. Videre vil unnlattelse av å følge riktig prosedyre for stemmegivning under møtene og rett prosedyre for valg av styremedlemmer, samt at aksjer ikke er utstedt i tråd med vedkommende stats krav, ha relevans ved ansvarsgjennombruddsvurderingen. I tillegg vil det oppstå fare for gjennomskjæring

dersom det ikke har vært skilt klart mellom private (herunder morselskapets) midler, og selskapets midler.

For mange eiere, særlig av mindre "closely held corporations", fremstår enkelte av disse formelle kravene og da særlig reglene rundt valg av styremedlemmer, stemmegivningsregler og lignende som unødvendig skuespill. I tillegg kommer at forretningsmenn i mindre selskaper ofte har nok med den daglige driften av selskapet, slik at styremøter og lignende utsettes på ubestemt tid. Dette skjer ikke minst da det vanligvis foreligger full enighet rundt de avgjørelsene som tas.

Dersom unnlatelse av å etterleve formelle regler skader tredjepersoner, anses det ikke som tvilsomt at unnlatelsen er et relevant moment i ansvarsgjennombruddsvurderingen. Der unnlatelsen strengt tatt ikke har hatt noe å si for tredjeperson eller for transaksjonene mellom denne og selskapet, er det imidlertid vanskelig å se hvorfor domstolene likevel legger så stor vekt på at formelle regler ikke er holdt. Det som her er sagt gjelder først og fremst de alminnelige formelle regler og ikke det vi i Norge anser som sammenblanding, nemlig når det ikke skilles mellom selskapets midler og egne midler. En av årsakene til at domstolene slår ned på unnlatelse av å følge formelle krav kan som før nevnt være at der eierne ikke har respektert selskapsformen selv, kan de ikke senere kreve at andre skal gjøre det.⁶⁴

Ansvarsgjennombrudd vil normalt kreves av en kreditor der selskapet er i en situasjon som gjør at det selv ikke er i stand til å oppfylle sine forpliktelser. Altså normalt der det er insolvent eller i solvenskrise. Dersom det har vært en sammenblanding av midler vil det være vanskeligere å avgjøre hvorvidt midler er tatt ulovlig eller illojalt ut av

⁶⁴ Se f.eks. Harrison v. Puga (1971), 4 Wash.App. 52, 480 P.2d 247, 254. Der retten uttalte at når saksøkte ignorerte selskapets form, kunne de knapt klage når retten gjorde det samme.

selskapet til fordel for aksjonærene. Samtidig vil det være vanskelig å avgjøre hva som rent faktisk er selskapets midler og hva som er aksjonærenes. Det er derfor lettere å forstå at det slås hardt ned på denne typen av sammenblanding i forhold til de tilfellene der rent formelle krav som for eksempel møtereferat og lignende ikke er ført.

På den annen side kan det forhold at alminnelige formelle regler ikke er fulgt gi grunn til å tro at heller ikke andre krav som skal sørge for at selskapet behandles som en selvstendig enhet er overholdt.

En annen type sammenblanding er der allmennheten er villedet med henhold til hvem det var de kontraherte med. Dette kan for eksempel være tilfellet dersom selskapets representant ikke har gjort det klart at han handler på vegne av datterselskapet slik at medkontrahenten tror han handler med det økonomisk sterkere morselskapet. Videre vil bruk av morselskapets navn, eksempelvis på visittkort, brevpapir eller konvolutter kunne være egnet til å mislede. Det samme vil gjelde dersom datterselskapet ofte henvises til som en avdeling eller en del av morselskapet. Tilfeller som dette kan gli over i den andre delen av the two-pronged test ved at de anses som svindel eller uttrykk for at aksjonærene ikke har handlet i god tro. I slike saker er det selvfølgelig mulig at medkontrahenten er blitt villedet til å tro at han handlet med morselskapet, men i mange saker pålegges det ansvar uten at det i det hele tatt tas stilling til om den aktuelle medkontrahent rent faktisk ble villedet eller ikke.⁶⁵

Andre eksempler på sammenblanding vil være de samme som er vist til under behandlingen av ansvarsgjennombrudd i Norge, som for eksempel at samme personer sitter i styret både i mor- og datterselskap samtidig som separate styremøter ikke avholdes, at morselskapet anvender datterselskapets driftsmidler eller ansatte uten å

⁶⁵ Robert W. Hamilton; "Hamiltons the Law of Corporations in a Nutshell" 3d ed. (1991) s. 92.

betale for det, eller at avtalene mellom mor- og datterselskap er kvalifisert negativ for datterselskapets del.

5.2.3 Utilstrekkelig egenkapital – Inadequate capitalization

Som sagt ovenfor i kapitel 3 har de fleste stater i USA gått vekk fra å oppstille regler om minste aksjekapital da dette anses som meningsløst. Heller ikke MBCA oppstiller lengre noen krav til et nystiftet selskaps egenkapital. I de stater som fortsatt har lovgivning angående minste aksjekapital for å stifte et aksjeselskap, er det normalt snakk om en nærmest symbolsk sum på \$ 500 eller \$ 1000. Konsekvensen av å sette i gang driften av selskapet i slike stater, før aksjekapitalen er innbetalt, kan imidlertid få katastrofale følger. Et eksempel på dette er en sak der aksjonærene ble pålagt ansvar etter loven for samtlige selskapsforpliktelser. Årsaken var at selskapet hadde startet forretningen til tross for at de bare hadde \$ 500 i aksjekapital, i stedet for de lovpålagte \$ 1000.⁶⁶ Hadde de innbetalt \$ 1000 ville de ikke blitt pålagt ansvar på dette grunnlag.

Det er mulig for domstolene å tolke reglene om en minste aksjekapital dithen at det har vært lovgivers intensjon at begrenset ansvar automatisk skal inntre dersom summen er innbetalt ved stiftelsen. Dersom en aksepterer en slik resonnering vil en logisk følge av denne være at den mer moderne tilnærmingsmåten, der man ikke oppstiller noe minstekrav, innebærer at ansvarsbegrensning automatisk kan inntre selv der selskapets egenkapital er lik null. På den annen side fremheves det i litteraturen at utilstrekkelig egenkapital, uavhengig av om det foreligger noe krav til et lovpålagt minimum, er en av de viktigste faktorene ved domstolenes drøftelser av om det foreligger misbruk av

⁶⁶ Tri-State Developers, inc v. Moore, 343 S.W.2d 812 (Ky 1961).

aksjeselskapsformen.⁶⁷ Ifølge praksis er det altså klart at domstolene ikke følger en slik resonnering.

Til tross for at dommere og teoretikere fremholder rettferdighet og rimelighet som grunnleggende momenter ved ansvarsgjennombrudd, er det klart at det fundamentale spørsmål er hvordan et tap skal fordeles. I de sakene der spørsmålet kommer opp er det snakk om at kreditor har et krav mot selskapet som selskapet ikke kan betale. Domstolen må da avgjøre om det er kreditor eller aksjonærene som bør sitte igjen med tapet. Prinsipper angående rettferdighet og rimelighet er ikke alltid til mye hjelp da det kan oppfattes som urettferdig at aksjonærene, som i utgangspunktet er ansvarsfri, skal dekke tapet ut av egen lomme. Det er heller ikke alltid rimelig at kreditor må ta risikoen ved å hjelpe fram samfunnsøkonomiske målesetninger i form av stiftelse av nye forretningsforetak.

Spørsmålet blir etter dette om stifterne av et nytt aksjeselskap må skyte inn tilstrekkelig egenkapital for å fortjene seg retten til den ansvarsfriheten som medfølger det å drive forretning i form av et aksjeselskap. Ifølge Professor Landers teori om ”modell selskapet” krever et av hensynene bak aksjeselskapsformen, nemlig det at man skal kunne investere i risikofylt virksomhet uten å utsette seg for fare for å miste alt, at man i hvert fall risikerer noe i form av investeringer.⁶⁸

⁶⁷ Hackney og Benson; ”Shareholder Liability for Inadequate Capital” 43 U. Pitt. L. Rev. 837 (1981 – 1982).

⁶⁸ Landers; “ A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy” 42 U. Chi. L. Rev. 589 (1975).

”... it is a *compro-mise*, a mutual give and take, not a license to the owners of a business to take all and give nothing. ... In other words, the corporation is not meant to be a device by which one can engage in business with no risk at all or with a risk wholly disproportionate to the normal risk of such business”.⁶⁹

utilstrekkelig kapital vil være et av de viktigste momentene i domstolenes ansvarsgjennombruddsdrøftelser. I California vil for eksempel et morselskap kunne holdes ansvarlig utelukket pga. å ha sørget for utilstrekkelig egenkapital hos datterselskapet.⁷⁰ Med andre ord er det altså et krav at selskapet har tilstrekkelig egenkapital – ”sufficient funding” – dersom aksjonærene skal kunne stole på at ansvarsbegrensningen skal stå seg. De spørsmål som da melder seg er om det vil ha noe å si hvem kreditor er, hvilket grunnlag kravet er bygd på, og ikke minst hva som må anses som tilstrekkelig egenkapital.

I teorien skilles det gjerne mellom kreditorer hvis krav grunnes på erstatningsbetingende adferd, og kreditorer som har kontrahert med firmaet. Da medkontrahenter, altså frivillige kreditorer, har mulighet til å undersøke selskapets finansielle situasjon i forkant av kredittstillelsen, hevdes det gjerne at disse ikke kan pårope seg at selskapet hadde utilstrekkelig egenkapital. Det må imidlertid skilles også mellom ulike typer av *frivillige* kreditorer. Kredittinstitusjoner som banker og store resurssterke selskaper vil nok ha mulighet til å selv velge hvem de vil kontrahere med på bakgrunn av en kredittsjekk. Mindre, svakere aktører i forretningslivet vil normalt ikke ha denne

⁶⁹ E. Latty; ”Subsidiaries and Affiliated Corporations” 198 n.23 (1936).

⁷⁰ Hamilton & Macey; “Corporations Including Partnerships and Limited Liability Companies”. s. 340.

valgfriheten. Dette fordi det enten anses som for tidkrevende å foreta kredittundersøkelser på grunn av transaksjonens størrelse, eller fordi de ikke har den forhandlingsposisjon som kreves for å kunne oppnå ytterligere sikkerhet for den kreditt som blir stilt.

I de tilfellene der saksøker er funnet reelt sett å være en ufrivillig kreditor, kreves det normalt at han i tillegg til utilstrekkelig kapital kan påvise at det forligger andre tegn på misbruk av aksjeselskapsformen. Dette kan for eksempel være sammenblanding, unnlatelse av å overholde formelle krav, tapping av selskapsmidler som hindrer selskapet i å oppnå overskudd eller at han er blitt villedet om selskapets økonomi av selskapets folk.

Det mest ekstreme eksempelet på ansvarsgjennombrudd på grunnlag av utilstrekkelig egenkapital er muligens Luckenbach Steamship Co. v. W. R. Grace & Co.⁷¹ fra 1920. Luckenbach eide 94% av aksjene i Luckenbach Steamship Company (LSC) som hadde en egenkapital på \$ 10. 000, og 90% av aksjene i Luckenbach Company (LC) med en egenkapital på \$ 800.000. LC eide en flåte skip som den leide ut til LSC *under* markedspris. I søksmålet ble LC holdt ansvarlig for krav etter en misligholdt kontrakt mellom LSC og saksøker, uten annen begrunnelse enn utilstrekkelig egenkapital. At kontrakten var gitt til mindre enn markedspris ble ikke ansett relevant. Denne saken er også et eksempel på at søsterselskap kan holdes ansvarlig for hverandres heftelser dersom de har samme eier og ellers er nært forbundet med hverandre.

I *Fisser v. International Bank*⁷² som ble avgjort 40 år senere derimot, ble det ikke pålagt ansvar. Her hadde morselskapet fremforhandlet en avtale angående befraktning med

⁷¹ Luckenbach Steamship Co. v. W. R. Grace & Co 267 F. 676 (4th cir. 1920).

⁷² Fisser v. International Bank 282 F.2d 231 (2d cir. 1960).

skip på vegne av sitt datterselskap. Begrunnelsen var todelt. For det første ble det sagt at ansvar ikke kunne pålegges **kun** på grunnlag av for lite egenkapital. For det andre var saksøker klar over at de hadde med et kontrollert, underkapitalisert selskap å gjøre.

Garden City Co. v. Burden⁷³ er mer typisk for saker der ansvar pålegges pga. utilstrekkelig kapital. Her var forholdet at et underkapitalisert selskap, uten aktiva eller inntjeningsmuligheter annet enn eiendomsretten til en vanningsgrøft, ble stiftet og drevet av morselskapet, The Garden City Co. Datterselskapet var her økonomisk avhengig av Garden City Co. samtidig som formelle regler ikke ble etterfulgt og det forelå sammenblanding av selskapenes midler. The Garden City Co. ble pålagt ansvar for datterselskapets forpliktelser etter at oversvømmelse fra vanningsgrøften hadde påført bønder i området skader.

Det en kan utlede fra disse sakene, og som gjennomgående synes å være tilfellet, er at det for det første må mer til for å pålegge ansvar enn kun utilstrekkelig egenkapital, men også at denne regelen ikke gjelder uten unntak. For det annet vil det lettere kunne pålegges ansvar der saksøker er en ufrivillig kreditor, for eksempel ved krav grunnet på erstatning som i The Garden Co. saken.

En type saksforhold som gjerne går igjen er de der morselskapet stifter et underkapitalisert datterselskap og så inngår avtaler med dette, som ikke kan sies å inneholde vilkår som ville anses normalt dersom datterselskapet hadde vært et selvstendig selskap. Dette gjelder eksempelvis der morselskapet tar ut all fortjeneste i form av administrasjonsgebyr⁷⁴, overfører kun den kapital som til enhver tid er

⁷³ Garden City Co. v. Burden 186 F.2d 651 (10th cir. 1951).

⁷⁴ Segan Constr. Corp. v. Nor-West Builders, inc., 274 F. Supp. 691 (D. Conn. 1967).

nødvendig for å dekke datterselskapets driftsutgifter⁷⁵, eller kjøper selskapets varer eller tjenester på vilkår som gjør det umulig for datterselskapet å oppnå overskudd⁷⁶.

Det som er litt merkelig i forhold til disse sakene er at slike transaksjoner kunne vært løst etter alminnelig prinsipper om svikaktige overføringer (Principles of fraudulent conveyance). Disse går ut på at en transaksjon, der vederlaget er lik null eller der det ikke foreligger en viss grad av forholdsmessighet, *og* som er foretatt i den hensikt å hindre kreditorene i å oppnå dekning, ikke vil være gyldig. Slike overføringer kan i konkurs kreves tilbakeført boet etter amerikansk konkurslovgivning.⁷⁷ Dersom det er snakk om et bestemt antall identifiserbare overføringer vil det ikke være noen grunn til ikke å anvende konkursrettslige regler. Dersom det derimot dreier seg om en rekke ulike transaksjoner som har foregått i lang tid, gjerne helt fra stiftelsen av selskapet, vil det derimot ofte være lettere å slå ned på slik svikaktig opptreden fra morselskapets side ved å tillate ansvarsgjennombrudd.

Hva er så egenkapital og hvor mye vil være tilstrekkelig?

Selskapets egenkapital vil i forhold til "sufficient funding" være eiendeler minus gjeld. I tillegg til dette vil ansvarlig lånekapital medregnes dersom det fremgår klart, enten ut fra låneavtalen eller ut fra hvordan lånet behandles, at det var meningen at lånet skulle stå tilbake for øvrige kreditorer. Eksempelvis der det ikke betales avdrag av lånet før selskapet har overskudd til dette vil det foreligge en presumpsjon for at det var ment å

⁷⁵ United States v. Reserved Mining Co., 380 F. Supp. 11 (D. Minn. 1974).

⁷⁶ Erickson v. Minnesota & Ontario Power Co., 134 Minn. 209 158 N.W. 979 (1916).

⁷⁷ 11 USCA § 548.

være ansvarlig lånekapital. I erstatningssaker vil det også kunne få betydning hvorvidt selskapet har skaffet seg forsikringer for eventuell skade. Dette gjelder særlig der selskapet driver risikofylt virksomhet, og det gjelder selv om det ikke er noen lovpålagte krav om at selskapet skal ha vedkommende forsikring.

Tidspunktet for vurderingen av om egenkapitalen er tilstrekkelig vil være stiftelsestidspunktet, eller innen rimelig tid av dette. Dersom selskapet har gitt seg inn på mer risikofylt drift etter en tid, vil tidspunktet da driftsendringen fant sted være avgjørende. Dersom egenkapitalen i utgangspunktet var fornuftig men har blitt utilstrekkelig senere på grunn av tapping av selskapsmidler eller svikaktige avtaler, vil dette kunne føre til ansvarsgjennombrudd. Dersom årsaken til svikten i egenkapital derimot er at selskapet har vært uheldig og gått med tap, vil det ikke ha betydning. Hadde det fått betydning i denne relasjon ville en del av vitsen med å operere med aksjeselskap vært borte. Det vil si muligheten til å inngi seg på risikofylt virksomhet uten å risikere å tape alt. Risikofylt virksomhet innebærer jo nettopp en fare for at virksomheten kan vise seg å bli tapsbringende. Det følger også av dette at unnlatelse av å skyte inn ekstra kapital i et selskap som har begynt å gå med underskudd, forutsatt at det opprinnelig hadde tilstrekkelig kapital, ikke taler negativt for aksjonærene i en sak om gjennomskjæring.

5.3 Hva kreves?

Rent generelt kreves det at det foreligger et misbruk av aksjeselskapsformen slik at det anses som urimelig overfor kreditor(ene) å opprettholde aksjonærenes ansvarsbegrensing. Dette betyr at det kan være tilstrekkelig at et av momentene er oppfylt, slik tilfellet for eksempel var i Luckenbach Steamship Co. saken. Normalt kreves det imidlertid at flere momenter er oppfylt.

Der selskapet stiftes med null i egenkapital kreves det mindre av de øvrige momenter. Videre vil handlinger som grenser til bedrageri eller som rent faktisk er bedrageri, som for eksempel der selskapet villeder kreditor med henhold til hvem han handler med, føre til at det kreves mindre av de øvrige vilkår. Slike handlinger vil i tillegg til å kunne føre til ansvarsgjennombrudd kunne føre til direkte personlig ansvar for den som har begått bedrageriet.

Der selskapet illojalt er blitt tappet for midler, slik at det gjenstår lite eller ingenting til dekning for kreditorene, vil både momentet utilstrekkelig egenkapital foreligge, samtidig som illojal tapping. Disse sakene fører derfor ofte til at det foretas gjennomskjæring.

6 Sammenligning

6.1 Innledning

Som det fremgår av behandlingen ovenfor angående vilkårene for ansvarsgjennombrudd i norsk og amerikansk rett, er mange av de faktorer som vil anses relevant i drøftelsen like selv om det finnes enkelte avvik. Dette gjelder både sammenblanding av midler, utilstrekkelig egenkapital, økonomisk ubalanse, illojal tapping av selskapsmidler og så videre. Rent generelt gjelder det også i begge land at ansvarsgjennombrudd kan være aktuelt der disse faktorene, sett i sammenheng med hverandre, fører til et urimelig resultat. Likevel er det et faktum at ansvarsgjennombrudd foretas med langt større hyppighet i USA enn i Norge. Ifølge en empirisk undersøkelse publisert i Cornell Law Review, som tok for seg alle domsavgjørelser angående ansvarsgjennombrudd i 1985,

ble gjennomskjæring resultatet i 636 av 1600 førte saker. (Altså i ca 40% av sakene).⁷⁸ I tillegg til disse kommer en mengde saker som blir gjort opp ved forlik. Til tross for at det er variasjoner fra år til år ser det ut til at prosentdelen av saker der ansvarsgjennombrudd blir resultatet, har holdt seg relativt konstant de siste tiår.⁷⁹

Spørsmålet blir etter dette hvorfor det foreligger en så stor forskjell i hyppigheten av ansvarsgjennombrudd i Norge og USA.

Å oppstille opp et kort, konsist svar på dette spørsmålet er nærmest umulig. Til tross for at selskapsretten i USA og Norge på mange områder er like og bygger på samme hensyn og prinsipper, er det også store forskjeller. Det er særlig ulikhetene i lovgivningen som gjør det vanskelig å stille opp noen enkel løsning, da disse befinner seg på flere områder enn kun selskapsretten. Det faktum at USA er betydelig større enn Norge og derfor naturlig nok vil ha langt flere saker der spørsmålet kommer opp, kan ha en viss innvirkning, men kan ikke på langt nær gi en fullgod forklaring på spørsmålet.

Jeg har imidlertid i de følgende punkter forsøkt å stille opp forskjellige forhold, som på bakgrunn av en sammenligning av likheter og ulikheter, kan være av betydning. Da det er begrenset med amerikanske rettsområder jeg kan påstå å være kjent med, vil fremstillingen kun ta for seg noen få områder der jeg har funnet forhold som kan ha relevans for ulikhetene i praksis mellom de to land. Fremstillingen kan med andre ord kun anses illustrativ og er ikke ment å være uttømmende. I tillegg vil reglene på de

⁷⁸ Robert B. Thompson; "Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study" 76 Cornell. L. Rev. 1048 (1990 – 1991) s. 1048.

⁷⁹ Robert B. Thompson; "Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study" 76 Cornell. L. Rev. 1048 (1990 – 1991) s. 1049. Motsatt David H. Barber; "Piercing the Corporate Veil" 17 Williamette L. Rev. 371 404 (1981) Som mener at "(...) courts moving slowly toward permitting piercing in more and more situations".

forskjellige områdene kun behandles overfladisk da en grundigere behandling vil føre til at fremstillingen blir for omfattende.

6.2 Ansvarsgjennombrudd og erstatning

I Norge kan selskapets kreditorer og selskapet holde aksjonærene ansvarlig etter asl/asal § 17-1 for forsettlig eller culpøs adferd i forbindelse med utførelse av deres oppgaver for selskapet. Dersom aksjonærene ikke overholder formelle krav som stilles til driften av selskapet, som for eksempel avholdelse av generalforsamling, valg av styre og lignende, vil de kunne finnes erstatningsansvarlig dersom dette har ført til tap for tredjemann. Denne regelen gjelder tilsvarende for styremedlemmer, daglig leder osv. I tillegg til erstatningsansvar etter asl/asal § 17-1 kan aksjonærene bli pålagt ansvar etter den alminnelige erstatningsrett, for eksempel der handlingene deres ikke har ført til tap for selve selskapet.⁸⁰

Tilsvarende lovgivning finnes ikke i USA. Her kan en aksjonærer ha ansvar overfor kreditor basert hovedsakelig på tre grunnlag.

For det første har aksjonærer i USA, på samme måte som i Norge, plikt til å innbetale aksjeinnskuddet. Der det altså foreligger "bonus stock", hvilket vil si at ingenting er innbetalt, eller "watered stock", kun noe er betalt, vil aksjonæren måtte dekke det som utestår. Dette ansvaret gjelder i forhold til selskapet, men dersom selskapet går konkurs vil kreditorene indirekte få rett til kravet ved at konkursboet trer inn i det. Videre er det her snakk om et personlig ansvar begrenset oppad til den sum som gjenstår. Det er altså ikke snakk om noen dekning av selskapets forpliktelser.

⁸⁰ Hugo P. Matre; "Karnov. Norsk Lovkommentar" note 2146 til aksjeselskapsloven.

For det annet åpner MBCA for at det kan opprettes et aksjeselskap, et såkalt "shareholder-assessable corporation", der aksjonærene er ansvarlige for selskapets forpliktelser. Ifølge MBCA § 6.22 skal det opplyses om eventuelt slikt ansvar i stiftelsesdokumentet. Se også Delawares aksjeselskapslov som sier det samme.⁸¹ Jeg er ikke i stand til å finne et eneste eksempel på at noen, noensinne, har opprettet et slikt selskap. Noe som kanskje ikke er så overraskende, da man gjerne heller ville opprettet et ansvarlig selskap – partnership – dersom man var interessert i å stå som ansvarlig for selskapets forpliktelser. Ikke minst pga. skattefordeler som følger med et slikt i motsetning til AS og ASA⁸². Dersom et "shareholder-assessable corporation" opprettes, vil aksjonærene ha et pro rata ansvar i tråd med den aksjeandel de besitter.

For det tredje kan aksjonærer, så vel som styremedlemmer og daglig leder, bli personlig ansvarlig overfor tredjemann på grunnlag av deres egne handlinger, selv der disse er gjort på vegne, eller i utførelsen av deres funksjoner for selskapet.

Vilkårene for å bli erstatningsansvarlig for culpøs adferd i USA ("negligence") er normalt at det foreligger overtredelse av en rettslig anerkjent aktsomhetsplikt ("duty of care"), og at denne overtredelsen har påført noen tap eller skade. I tillegg må tapet eller skaden ha vært mulig å forutse for skadevolderen⁸³ (det må altså ha vært påregnelig).

Dette ansvaret er med andre ord svært likt culpaansvaret i den norske alminnelige erstatningsretten. Forskjellen er hovedsakelig at det etter norsk rett ikke bare må

⁸¹ Del. Code Ann. Tit. 8, § 162(b)(6) (1983).

⁸² Man kan unngå den doble beskatning som kan følge med aksjeselskapet I de tilfellene der både selskapet og utbytte beskattes. Se Internal Revenue Code, Subchapter C.

⁸³ Frank A Schubert; "Introduction to Law and the Legal System", s. 535 - 539

foreligge et tap, men at tapet normalt må være økonomisk.⁸⁴ Videre er det subjektive utgangspunkt i Norge hvorvidt skadevolder kan bebreides for handlingen eller unnlatelsen,⁸⁵ mens det i USA spørres om han hadde noen aktsomhets*plikt* overfor skadelidte. Dersom skadevolder for eksempel bryter en regel som er satt til vern om visse personer, vil man kunne pålegge ansvar med den begrunnelse at han hadde plikt til å opptre forsvarlig i forhold til disse personene. Dette vil være tilfelle der trafikkreglene blir brutt med den følge at man skader andre trafikanter. Videre har foreldre plikt til å ta vare på sine barn, arbeidsgivere har plikt til å beskytte sine ansatte, osv.

Spørsmålet blir så om aksjonærer i et amerikansk selskap kan bli personlig ansvarlig på grunnlag av deres egne handlinger i forbindelse med utførelsen av deres oppgaver i selskapet. Svaret må her bli benektende. Det som i tilfelle kunne ha vært grunnlaget for en aktsomhetsplikt overfor kreditorer ville vært den såkalte ”fiduciary duty”. Dette er en form for ”duty of care”, eller tillitsforhold, som går ut på at en betrodd part (tillitsperson, formynder osv), har plikt til å handle i god tro og til å utvise lojalitet i forhold til den annen part. Et eksempel er juristers plikt til å handle til beste for sin klient. Aksjonærer i USA har imidlertid ”fiduciary duties” i forhold til kreditorer kun i en sammenheng, nemlig ved fusjon, og dette ansvaret påhviler kun dominerende aksjonærer.⁸⁶ I andre sammenhenger har altså aksjonærer ingen plikt til å handle forsvarlig i forhold til selskapets kreditorer.⁸⁷

⁸⁴ Peter Lødrup; ”Lærebok i erstatningsrett” s. 52.

⁸⁵ Peter Lødrup; ”Lærebok i erstatningsrett” s. 118.

⁸⁶ Robert W. Hamilton; ”Hamiltons the Law of Corporations in a Nutshell” 3d ed. (1991) s. 438.

⁸⁷ MBCA § 6-22 (b), Robert W. Hamilton; ”Hamiltons the Law of Corporations in a Nutshell” 3d ed. (1991) s. 256 – 257.

I mange av sakene der aksjonæren(e) er privatpersoner, har vedkommende også deltatt i driften av selskapet i form av styremedlem, daglig leder eller begge. Spørsmålet blir da om man kan pålegge ham uaktsomhetsansvar på grunnlag av den stillingen han besitter i selskapet. Styremedlemmer ("directors") og ledelse ellers ("officers") i et selskap har "fiduciary duties", men da overfor selskapet og dets aksjonærer, ikke kreditorene.⁸⁸

Uaktsomhetsansvar kan altså heller ikke pålegges i disse tilfellene.

Asl/asal § 17-1 og det alminnelige culpaansvaret er de vanligste grunnlagene i norsk rett i forbindelse med ansvar for tap, påført ved uaktsomme handlinger fra aksjonærenes side. I USA løses disse spørsmålene i tråd med doktrinen om ansvarsgjennombrudd, da erstatningsansvar ikke er anvendelig.

Det burde etter dette trygt kunne hevdes at forskjellene i anvendelsen av erstatningsansvar med basis i uaktsomhetsvurderinger, vil ha betydning for benyttelsen av, og for behovet for, gjennomskjæring.

Dersom man sammenligner vilkårene for ansvarsgjennombrudd i Norge og USA, vil man også oppdage at et moment i den amerikanske listen ikke tas med i den norske fremstillingen. I Norge vil man kunne anvende asl/asal § 17-1 på forhold der unnlatelse av å overholde formelle krav har ført til tap for selskapet eller kreditorer. Da man ikke har en lignende erstatningsregel i amerikansk lovgivning, løser man dette spørsmålet ved å innlemme slik unnlatelse som en faktor i drøftelsen av om gjennomskjæring bør foretas .

⁸⁸ MBCA § 8-31, § 8-42. Viggo Hagstrøm; "Ansvarsgjennombrudd etter norsk rett" TfR 1993 s. 279. s. Robert W. Hamilton; "Hamiltons the Law of Corporations in a Nutshell" 3d ed. (1991) s.242 – 243 og s. 303 – 304.

6.3 Avtale

Et alternativt rettsgrunnlag for norske aksjonærenes ansvar for selskapsforpliktelser, er at de selv inngår avtale om å stå personlig ansvarlig for selskapets forpliktelse. Dersom dette gjøres, vil ansvaret være begrenset til den forpliktelsen de gjennom disposisjonen har pådratt seg. På samme måte som ellers i kontraktsretten er det ikke noe krav til den form avtalen har, da den vil være bindende enten den foreligger skriftlig eller muntlig.

Aksjonærer, styremedlemmer mv. i amerikanske selskaper kan bli ansvarlig for selskapsforpliktelser på bakgrunn av deres egne handlinger også i forbindelse med avtaleinngåelse. Der for eksempel aksjonæren garanterer for oppfyllelse av det krav en kreditor har på selskapet, vil han på samme måte som den norske aksjonæren ha et personlig ansvar for denne forpliktelsen. I amerikansk rett oppstilles det imidlertid visse formregler for at en slik avtale skal anses gyldig.

Da avtalen er gjort til fordel for en annen, nemlig selskapet, må den ifølge ”statute of frauds”⁸⁹ være skriftlig for å gjøres gjeldende overfor parten som avga løftet. Begrunnelsen for dette er at den som inngår en avtale for en annen, ikke får noen del av vederlaget (”consideration”). Man har derfor oppstilt kravet til skriftlighet for å sikre at løftegiver ikke blir ansvarlig for mer enn det han uttrykkelig har forpliktet seg til. Kravet til skriftlighet gjelder kun der løftegiver har til hensikt å være sekundært ansvarlig, altså at kreditor først må gå på selskapet. Så framt skriftlig avtale foreligger, vil aksjonæren som har garantert for selskapets forpliktelse være ansvarlig i samme omfang som etter norsk lov. Det forekommer imidlertid at en aksjonær i et amerikansk selskap overtaler kreditor til å gi eller forlenge kreditt på grunnlag av et muntlig garantiløfte. Et eksempel på dette har vi i en kjent sak fra United States court of appeals

⁸⁹ UCC. § 2-201 (Uniform Commercial Code).

i Dewitt Truck Brokers v. W Ray Flemming Fruit Co.⁹⁰ Ray Flemming drev en mellomhandler virksomhet i form av aksjeselskap for produsenter av jordbruksprodukter. Til å frakte varene, anvendte han Dewitt Truck Brokers. I de årene selskapet bestod tok han årlig ut det overskudd selskapet hadde. I oppgjøret mellom Flemming og jordbrukprodusentene inngikk Dewitts's godtgjørelse for frakt. I det tidsrom søksmålets forpliktelse oppstod, tok Flemming ut av firmaet en sum som var i samme størrelsesorden som det vederlag Dewitt skulle ha, men ikke fikk utbetalt. Da Dewitt begynte å ane uråd, fikk han en muntlig forsikring fra Flemming om at dersom selskapet ikke gjorde opp, ville han gjøre det. På dette viset oppnådde han ytterligere kreditt fra Dewitt.

Etter Statute of Frauds, skulle dette løftet vært ugyldig i og med at det ikke var nedtegnet skriftlig. Andre forhold, som at aksjer ikke var utstedt og lignende, var med i vurderingen, men den muntlige avtalen ble tillagt vesentlig vekt ved drøftelsen. Et slikt løfte kan imidlertid etter omstendighetene anses som tilstrekkelig grunnlag til å pålegge aksjonæren ansvar etter "piercing the corporate veil" doktrinen.⁹¹ Rent formelt vil Statute of Frauds gjelde også i gjennomskjæringssaker. Tankegangen bak gjennomskjæring i disse tilfellene er imidlertid at der den dominerende aksjonær avgir et garantiløfte, og det i realiteten er han selv som drar fordel av det, vil det reelt sett ikke være et løfte som er avgitt til fordel for en annen. I Dewitt saken var den videre kreditt Flemming oppnådde for selskapet til økonomisk fordel kun for ham selv, da han kunne fortsette å trekke ut overskudd i form av vederlag til seg selv.

⁹⁰ Dewitt Truck Brokers v. W Ray Flemming Fruit Co, U.S App. 4th cir. 540 F.2d 681 (1976).

⁹¹ Dewitt Truck Brokers v. W Ray Flemming Fruit Co, U.S App. 4th cir. 540 F.2d 681 (1976).

Det kan nok her argumenteres med at Dewitt selv tok en risiko ved å stole på et muntlig løfte. Det synes imidlertid som om retten fant det resultat at Flemming skulle tjene på den svikaktige oppførselen som så urimelig at dette ble avgjørende.

Løsningen på forhold der aksjonæren har garantert muntlig overfor kreditor blir altså normalt den samme etter norsk og amerikansk rett. Aksjonæren blir i begge tilfellene ansett personlig ansvarlig for forpliktelsen. Forskjellen er imidlertid at norsk rett ikke pålegger ansvar i form av ansvarsgjennombrudd. Hos oss anvendes den alminnelige regelen i avtaleretten om at den som inngår en avtale, skriftlig så vel som muntlig, er forpliktet etter avtalens innhold når ikke annet er særlig avtalt.⁹²

I tilfeller der aksjonæren har, eller burde ha, kjennskap til at løftet ikke er håndhevbart kan disposisjonen anses som svindel. Ansvarsgjennombrudd i slike tilfeller kan altså forekomme der domstolen ikke vil stemple aksjonæren som kriminell eller der forholdet ligger på grensen til det som kan kalles ulovlig.

6.4 Utilstrekkelig egenkapital

Det forhold at et selskap har utilstrekkelig egenkapital vil, både i Norge og USA, ha relevans ved drøftelsen av hvorvidt aksjonærene skal pålegges ansvar i form av ansvarsgjennombrudd. I Norge vil det i tillegg til å være et moment ved gjennomskjæring, også kunne ha betydning for uaktsomhetsvurderingen etter asl/asal § 17-1. Dersom vilkårene for ansvar etter denne bestemmelsen er oppfylt, og regelen er påberopt i en rettssak, vil en norsk domstol foretrekke å pålegge aksjonæren ansvar etter lovbestemmelsen. Asl/asal § 3-4 jfr. 3-5 oppstiller krav om at et selskaps egenkapital skal være forsvarlig, samt en handleplikt for selskapets styre dersom de ikke foretar seg noe i tilfeller der det kan stilles spørsmål om egenkapital er forsvarlig.

⁹² Se Andenæs; Det 30. nordiske juristmøte 1984 del II s.184.

I USA har de fleste stater ingen minstekrav til størrelsen på den egenkapital som må foreligge ved stiftelsen, og de som forlanger et minimum, krever normalt bare at den er en symbolsk sum.

Både i Norge og USA kreves det imidlertid at selskapet skal ha forsvarlig egenkapital, eller "sufficient funding". Også her blir altså resultatet det samme, mens forskjellen ligger hvilket grunnlag en anvender for å oppnå resultatet.

6.5 Illojal tapping av selskapsmidler

Fra prinsippet om at selskapet er et eget rettssubjekt, og derfor har evne til å erverve rettigheter og pådra seg forpliktelser, kan man utlede at selskapets eiendeler og ressurser ikke kan anvendes, eller overtas, av eierne uten begrensninger.

De begrensningene i norsk rett som er av størst interesse i denne forbindelse er reglene i aksjelovene om utdelinger til aksjonærene. Hovedhensynet bak reglene er å beskytte de øvrige aksjonærer mot for eksempel utsulting. I tillegg til dette fungerer de imidlertid som et vern for kreditorene mot at aksjonærene taper selskapet for verdier.

Ifølge asl/asal § 3-6 kan utdelinger bare skje etter bestemte regler. De er i denne bestemmelsen definert som "enhver overføring av verdier som direkte eller indirekte kommer aksjeeier til gode".⁹³ Dette innebærer at både pengeytelser, tjenester og naturalytelser er omfattet. Dersom aksjonæren har et lån hos selskapet og dette blir ettergitt, vil det altså være en utdeling. Det samme gjelder dersom selskapets ytelse etter avtalen overstiger motytelsen fra aksjonæren.⁹⁴ Verdien skal etter asl/asal § 3-6 2 settes til virkelig verdi, hvilket vil si markedsverdien. Dersom aksjeeieren kjøper en eiendel

⁹³ Asl/asal § 3-6 2. ledd.

⁹⁴ Tore Bråthen; "Karnov – Norsk lovkommentar" 2004, note 265 til aksjeselskapsloven.

fra selskapet til bokført verdi, der denne er lavere enn markedsverdien, vil det altså også foreligge en utdeling for den overskytende dels vedkommende.⁹⁵

Utdelingen må komme aksjeeieren til gode. Dette vil være tilfellet der aksjonæren selv mottar ytelsen, men også der aksjeeierens nærstående er begunstiget etter avtalen, vil vilkåret etter omstendighetene kunne anses oppfylt.

Når det gjelder utbytte kan altså dette ifølge asl/asal § 3-6 kun skje etter reglene i asl/asal § 8-1. En fullstendig redegjørelse av denne bestemmelsen vil bli for omfattende i forhold til denne fremstillingen. I en svært forenklet form kan det imidlertid sies at utbytte generelt kan utdeles der selskapet har fri egenkapital, hvilket vil si at overskuddet overstiger 10% av summen av dets eiendeler. Selv om vilkårene i asl/asal § 8.1 er oppfylt kan adgangen til å utdele utbytte være stengt etter asl/asal § 3-4 dersom den innebærer at egenkapitalen vil bli uforsvarlig lav.⁹⁶

Har utdelinger skjedd i strid med loven, altså asl/asal § 3-6, skal de etter asl/asal § 3-7 tilbakeføres selskapet. Ble utbetalingen gitt i form av utbytte er det imidlertid et vilkår for tilbakebetaling at aksjonæren var i ond tro da dette ble mottatt.⁹⁷ Mottakeren må altså ha vært i aktsom god tro da han *tok imot* utbyttet. I tillegg til restitusjon etter denne bestemmelsen kan et konkursbo etter omstendighetene omstøte disposisjonen i tråd dekn. Kap. 5.⁹⁸

Også i amerikansk selskapsrett finnes det regler angående aksjonærenes adgang til å foreta utdelinger ("distributions") fra selskapet. "Distributions" vil i likhet med reglene i

⁹⁵ Aarbakke m. fl. "Aksjeloven og allmennaksjeloven" s. 164.

⁹⁶ Aarbakke m. fl. "Aksjeloven og allmennaksjeloven" s. 481.

⁹⁷ Tore Bråthen; "Selskapsrett" s. 119.

⁹⁸ Aarbakke m. fl. "Aksjeloven og allmennaksjeloven" s.168.

Norge, være alle former for overføringer fra selskapet til aksjonæren, deriblant unormale vederlag, svært fordelaktige lån osv.⁹⁹ Også kjøp av egne aksjer vil være utdeling da dette overfører midler til aksjonæren men ikke vil være av noen verdi for selskapet.¹⁰⁰

Normalt vil vilkårene for å utdele utbytte i USA være ett, eller begge, av følgende vilkår. For det første kan ikke utbyttet ("dividends") tas av aksjekapitalen. Dette er den såkalte "balance sheet test", for det andre må utbetalingen ikke føre til at selskapet blir insolvent, "the bankruptcy test".¹⁰¹

37 stater følger reglene i MBCA. De resterende har egne lover som i ulik grad avviker fra vilkårene i MBCA.

MBCA § 6-40 bygger på "the bankruptcy test". Vilårene her er at utbetalingen ikke fører til at eieren ikke vil være i stand til å oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller samtidig som passiva overstiger aktiva.¹⁰² Dette vil si at de kan utbetale alt vi omtaler som egenkapital, så sant de fortsatt vil være i stand til å dekke sine utgifter.

Reglene om begrensinger i adgangen til å utdele utbytte, er også i USA ment å beskytte aksjonærene og selskapet, ikke kreditorene. Dersom utbytte utbetales i strid med reglene kan altså selskapet holde styremedlemmene som godkjente utbetalingen ansvarlig.

I konkurs kan også konkursboet kreve utbetalingene tilbakeført dersom staten følger reglene i UFCA (eller har lignende regler selv).¹⁰³

⁹⁹ Gottfried v. Gottfried. 73 N.Y.S.2d 692.

¹⁰⁰ Robert W. Hamilton; "Business Organizations: Unincorporated Businesses and Closely Held Corporations" (1997) s. 304 – 305.

¹⁰¹ Steve Emanuel; "Emanuel Crunchtime: Corporations" (2000 -2001) s.121.

¹⁰² Hamilton & Macey; "Corporations Including Partnerships and Limited Liability Companies". s. 490.

¹⁰³ Steve Emanuel; "Emanuel Crunchtime: Corporations" (2000 -2001) s. 123.

Løsningen i Norge og USA er altså temmelig lik på dette punktet. Dersom vedkommende stat ikke har regler om tilbakeføring i konkurs, eller dersom det dreier seg om utbetalinger over lang tid, slik det er tilnærmet umulig å skille dem, kan imidlertid ansvarsgjennombrudd bli funnet å være en bedre løsning enn restitusjon.

6.6 Konklusjon

Årsaken til at man i USA baserer seg på sanksjon ved hjelp av ansvarsgjennombrudd, må sannsynligvis blant annet ligge i de forskjeller i rettsreglene som er illustrert ovenfor.

I tillegg vil det faktum at deres rettssystem baserer seg på en annen tilnærmingstype ved løsning av rettslige spørsmål enn vårt, kunne ha betydning. I common law systemer som i USA baserer man seg langt mer enn hos oss på domstolskapte prinsipper, slik som for eksempel ”piercing the corporate veil” doktrinen i vårt tilfelle. Til tross for at mange av statene nærmer seg civil law med en høyere grad av lovgivning, er det langt igjen før deres framgangsmåte kan sies å være lik vår, dersom den i det hele tatt vil bli det.

En annen faktor, som kan være av betydning for at doktrinen ikke er kodifisert, er det forhold at domstolene selv har problemer med å oppstille noenlunde klare retningslinjer for hvordan sakene skal løses. Å utforme lovregler med et anvendelig innhold vil sannsynligvis være enn mer komplisert. Ikke minst da praksis ved domstolene ikke bare varierer fra stat til stat, men også innen samme jurisdiksjon.¹⁰⁴

¹⁰⁴ ”It must be emphasized at the outset, moreover, that this is an area of law where courts adopt differing approaches even within jurisdictions”. Epperson and Canny; “The Capital Shareholder’s Ultimate Calamity: Pierced corporate veils and shareholders liability in the District of Columbia, Maryland, and Virginia” s. 614.

7 Litteraturliste

Andenæs, Mads Henry; "Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper". Oslo 1998

Andenæs; Mads Henry "Det 30. nordiske juristmøte" (1984) del II (s. 183 flg).

Asmundson, Steffen og Gustavson, Geir; "Utvidet aksjonæransvar – Ansvarsgjennombrudd" JV. 1995 s. 278.

Ballantine, H; "Ballantine on Corporations" §§ 118 – 42 (rev. ed. 1946)

Barber, David H.; "Piercing the Corporate Veil" 17 Williamette L. Rev. 371 404 (1981)

Blumberg, Phillip I.; "The Law of Corporate Groups: Procedural Problems in the Law of Parent and Subsidiary Corporations" (1983).

Emanuel, Steve; "Emanuel Crunchtime: Corporations" (2000 -2001)

Epperson, Micheal G and Canny, Joan M.; "The Capital Shareholder's Ultimate Calamity: Pierced corporate veils and shareholder liability in the District of Columbia, Maryland, and Virginia". 3 Cath. U. L. Rev. (1988) (s. 605 flg)

Fjørtoft, Tore; "Ansvarsgjennombrot – eit spørsmål om selskapsrettsleg identifikasjon" i Jussens Venner 1997. (s. 300 flg.)

Hackney, William P. and Benson, Tracey G.; "Shareholder Liability for Inadequate Capital" 43 U. Pitt. L. Rev. 837 (1981 – 1982).

Hagstrøm, Viggo; "Ansvarsgjennombrudd etter norsk rett" TfR 1993 (s. 250 flg.)

Hamilton, Robert W. & Macey, Jonathan R.; "Corporations Including Partnerships and Limited Liability Companies", 8ed. St. Paul. 2003

Hamilton, Robert W.; "Business Organizations: Unincorporated Businesses and Closely Held Corporations" (1997)

Hamilton, Robert W.; "Hamiltons the Law of Corporations in a Nutshell" 3d ed. (1991)

Henn, H; “Law of Corporations” § 146 n.6 (2d. ed 1970).

Hugo P. Matre; ”Karnov Norsk Lovkommentar” 2004

Knudsen; ”Det 30 nordiske juristmøte” (1984) del. II

Landers; “ A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy” 42 U. Chi. L. Rev. 589 (1975).

Latty; ”Subsidiaries and Affiliated Corporations” 198 n.23 (1936).

Lødrup, Peter; “Lærebok i erstatningsrett”, 3 utg. Oslo 1995

Schubert, Frank A. ”Introduction to Law and the Legal System”, 8ed. Boston 2004

Thompson, Robert B.; ”Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study” 76 Cornell. L. Rev. 1048 (1990 –1991)

Thompson, Robert B.”The Limits of Liability in the New Limited Liability Entities” 32 Wake Forest L. Rev. 1, 9-10 (1997).

Tore Bråthen; “Selskapsrett” 2002

Tore Bråthen; ”Karnov - Norsk lovkommentar” 2004

Tore Bråthen; ”Styremedlem og aksjonær” 2002

Warren; ”Safeguarding the Creditors of Corporations” 36 Harv. L. Rev. s. 509 (1923).

Aarbakke m. Fl. ”Aksjeloven og allmennaksjeloven” Oslo 2000

8 Domsregister

Berkey v. Third Ave. Ry., 244 N.Y. 84, 155 N.E. 58, 61 (1926).

Dewitt Truck Brokers v. W Ray Flemming Fruit Co, U.S App. 4th cir. 540 F.2d 681 (1976).

Erickson v. Minnesota & Ontario Power Co., 134 Minn. 209 158 N.W. 979 (1916).

Fisser v. International Bank 282 F.2d 231 (2d cir. 1960).
Garden City Co. v. Burden 186 F.2d 651 (10th cir. 1951).
Gottfried v. Gottfried. 73 N.Y.S.2d 692.
Harrison v. Puga (1971), 4 Wash.App. 52, 480 P.2d 247, 254.
Luckenbach Steamship Co. v. W. R. Grace & Co 267 F. 676 (4th cir. 1920).
Rt 1996 s. 742 Minnordommen
Rt 1996 s. 672. Kongeparkdommen
Rt 1993 s. 20
Rt 1991 s. 119
Segan Constr. Corp. v. Nor-West Builders, inc., 274 F. Supp. 691 (D. Conn. 1967).
Taylor v. Standard Gas & Elec. Co., 306 U.S 307 (1939)).
Tri-State Developers, inc v. Moore, 343 S.W.2d 812 (Ky 1961).
United States v. Reserved Mining Co., 380 F. Supp. 11 (D. Minn. 1974).
Watertown Paper co., 169 F. 252. 256. (2d. cir. 1909).

9 Lovregister/forarbeider

Uniform Commercial Code (UCC)
11 United States Code Annotated (USCA)
Delaware Code Annotated (Del. Code Ann).
Internal Revenue Code
Model Business Corporation Act (MBCA)
Uniform Fraudulent Conveyance Act (UFCA)
Lov om aksjeselskaper av 1976
Lov om skadeerstatning 13. juni 1969 nr. 26

Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) av 8. juni. 1984 nr. 59.

Lov om allmennaksjeselskaper 13. juni 1997 nr. 45

Lov om aksjeselskaper 13. juni 1997 nr. 44

NOU 1992:29

NOU 1996: 3 Ot.prp. nr. 23 (1996-97) kap. 5.10.4

Ot.prp. nr. 36 1993-94

Innst. O. nr. 80 1996-97

A